

Salla Järvinen

FASTSTÄLLANDE AV DET JURIDISKA KÖNET – ETT
MÄNNISKORÄTTSPERSPEKTIV TILL DEN FINSKA TRANSLAGSTIFTNINGEN

Avhandling pro gradu i folkrätt

Handledare: Elina Pirjatanniemi

Fakulteten för samhällsvetenskaper och
ekonomi

Åbo Akademi

2018

Abstrakt

Ämne:	Folkrätt
Författare:	Salla Järvinen
Arbetets titel:	Fastställande av det juridiska könet - ett människorättsperspektiv till den finska translagstiftningen
Handledare:	Elina Pirjatanniemi
Abstrakt:	<p>Avhandlingen ämnar kritiskt granska den nuvarande lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet (563/2002, translagen) i Finland. Fokusen ligger främst vid steriliseringskravet som ett villkor för ny (juridisk) könstillhörighet. Kravet granskas å ena sidan i förhållande till självbestämmanderätten, skyddet för privatlivet, diskrimineringsförbudet och förbudet mot tortyr och å andra sidan i förhållande till den så kallade tolkningsmarginalsdoktrinen. Grunden för förhållandet mellan translagen, de nämnda människorättsliga bestämmelserna samt tolkningsmarginalsdoktrinen finns i det som stadgas i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) samt i Europeiska människorättsdomstolens praxis (Europadomstolen).</p> <p>Uppsatsen presenterar den nuvarande translagstiftningen, dess bakgrund, de problematiska delarna samt de rekommenderade ändringarna. De centrala internationella bestämmelserna identifieras och analyseras därefter i relation till translagen. Slutligen analyseras den till Europadomstolen utmärkande tolkningsmarginalsdoktrinen som binder ihop både translagen och substansen i de relevanta artiklarna i EKMR.</p> <p>Avhandlingen konstaterar att diskussionen kring translagen de facto kan tillämpas både i förhållande till förbudet mot tortyr, diskrimineringsförbudet, självbestämmanderätten och skyddet för privatliv. Påtvingad sterilisering kränker både privatlivet och den fysiska integriteten och kan även anses diskriminerande. Frågan om huruvida steriliseringsvillkoret kan utgöra förnedrande behandling (dvs. tortyr) saknar avgörande praxis och blir en aning dubiöst-</p> <p>Enligt observationerna i denna avhandling hör könsidentiteten till en av de mest intima delarna av en människas privatliv och därtill anses diskriminering på basis av kön särskilt nedsättande. Också tolkningsmarginalen i dylika fall konstateras vara snäv, oberoende av avsaknaden av konsensus bland de europeiska staterna eller frågans etiskt laddade karaktär. Därmed krävs ytterst vägande skäl för avvikelse av skyddet för privatliv eller rättfärdigande av särbehandling. Finland har inte visat hållbara motiv för att kunna åberopa någon avvikelseklausul i förhållande till skyddet för privatliv eller diskrimineringsförbudet. Steriliseringskravet konstateras därmed vara varken grundat, proportionerligt eller nödvändigt och således i strid med artiklarna 8 och 14 i EKMR. Försättningsvis finns det dock lite praxis om och resonemang kring diskriminering på basis av könsidentitet i och med att fallen ofta granskas och brott fastställs utgående från substansartiklar.</p>
Nyckelord:	mänskliga rättigheter, tvångssterilisering, minoriteter, kön, folkrätt
Datum:	24.8.2018
Sidantal:	vi, 83, XIII
Abstraktet godkänt som mognadsprov:	

Innehållsförteckning

1 Introduktion	1
1.1 Diskussionen kring den finska translagen	1
1.2 Frågeställning och avgränsningar	3
1.3 Material och metod	5
2 Den nuvarande translagen	10
2.1 Translagens bakgrund	10
2.2 Några internationella vändpunkter	13
2.3 Nuvarande innehåll och samhällelig diskussion	15
2.4 Motsvarande lagar i de Nordiska länderna	18
3 Centrala bestämmelser för skyddet av transpersoner	21
3.1 Principen om självbestämmanderätt	21
3.2 Förbudet mot tortyr (artikel 3)	27
3.2.1 Artikelns karaktär och bedömning av situation	27
3.2.2 Definitionen av tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling	30
3.2.3 Relation till translagstiftningen	33
3.3 Rätt till skydd för privat- och familjeliv	37
3.3.1 Allmänt	37
3.3.2 Privatliv och relationen till könsidentiteten	40
3.3.3 Motiveringar till kränkning av skyddet för privatliv	44
3.4 Förbudet mot diskriminering	49
3.4.1 Förbudet och dess relation till de övriga konventionsbestämmelserna	49
3.4.2 Tillämpningen av diskrimineringsförbudet	52
3.4.3 Tillämpligheten av könsbekräftande åtgärder	59
4 Medlemsstaternas tolkningsmarginal	62
4.1 Tolkningsprinciperna	62
4.2 Medlemsstatens skyldighet att respektera konventionsbestämmelserna	68
4.3 Tolkningsmarginal som doktrin	70
4.3.1 Doktrinen funktion	70
4.3.2 Marginalens räckvidd	71
4.3.3 För- och nackdelar: Diskussion om funktionalitet	75
4.3.4 Tolkningsmarginalen i frågan om villkorlig bekräftelse av könstillhörighet	78
5 Slutsatser	81
KÄLLOR	I

Förkortningar

CAT	Convention against torture, konventionen mot tortyr och grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning
CEDAW	Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, kvinnokonventionen
CRDP	Convention on the rights of persons with disabilities, konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
Den allmänna förklaringen	Den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ESK-konventionen	Den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna (en. the international covenant on economic, social and cultural rights)
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta Nationerna
GL	Grundlagen
HRW	Human Rights Watch
HUCS	Helsingfors universitetscentralsjukhus
ICD	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems
ICTY	International criminal tribunal for te former Yugoslavia, den internationella krigsförbrytartribunalen för den forna Jugoslavien
ILGA	The international lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association
LHBTIQ	Samlingsbegrepp och akronym för lesbisk, homosexuell, bisexuell, transperson, interkönad och queer.
MoA	Margin of appreciation, tolkningsmarginal (doktrin)
MP-konventionen	Den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheterna (en. the international covenant on civil and political rights)
MR-kommittén	FN:s människorättskommitté
NGO	Non-governmental organization (se. icke-statlig organisation)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development, Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling

OHCHR	Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, FN:s högkommissarie för mänskliga rättigheter
PTSD	Posttraumatiskt stressyndrom
RP	Regeringsproposition
Seta	Seksuaalinen tasavertaisuus
SGI	Sustainable governance indicators
Stakes	Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimus- ja kehittämiskeskus
TGEU	Transgender Europe
THL	Terveyden ja hyvinvoinnin laitos
TSC	Transstödscentrum, Transtukipiste
UN	United Nations
UN Women	United Nations entity for gender equality and the empowerment of women
UNAIDS	The Joint United Nations Programme on HIV/AIDS, FN:s samlade program mot hiv/aids
UNDP	United Nations Development Programme, FN:s utvecklingsprogram
UNFPA	United Nations Population Fund, FN:s befolkningsfond
UNICEF	United Nations Children's Fund, FN:s barnfond
WHO	World Health Organization
WK	Wienkonventionen om traktaträtten

“As you can see by the enclosed photos, taken just before the operation, I have changed a great deal. But it is the other changes that are so much more important. Remember the shy, miserable person who left America? Well, that person is no more and, as you can see, I'm in marvelous spirits.”

- Christine Jorgensen, letter to friends, October 8, 1951

1 Introduktion

1.1 Diskussionen kring den finska translagen

Enligt bl.a. SGI och Statistikcentralens sammanställning är Finland ett av världens mest jämlika, demokratiska och utvecklade länder.¹ Förutom det världsberömda skolsystemet var Finland ett av de första länderna som gav rösträtt till kvinnor. Som finländare får man ofta höra hur privilegierade vi är då vi får åtnjuta en gratis sjukvård, vilket vi också är stolta över.

Det finns dock en bestämmelse som under de senaste tiderna har väckt kontroversiell uppmärksamhet. Finland har kritiserats av både Förenta Nationernas (FN:s) människorättskommitté (MR-kommittén), Europaparlamentet, Europarådets parlamentariska församling och flera icke-statliga organisationer (eng. non-governmental organization, härafter NGO) så som Amnesty International.² Enligt den nuvarande lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet (translagen) måste personer som önskar sig byta sitt juridiska kön genomgå fysiskt och psykiskt utmanade prov, erhålla diagnos om en (psykisk) könsidentitetsstörning och slutligen uppvisa en medicinsk utredning om att man har undergått sterilisering eller att man av annan orsak saknar fortplantningsförmåga.³ Med den sistnämnda bestämmelsen

¹ SGI (sustainable governance indicators) är en plattform som transnationellt samlar undersökningsmaterial från EU-länder och OECD-länder (Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling). Mer information om organisationen finns på SGI:s webbplats <http://www.sgi-network.org/2017/>. Indexen för Finland i SGI:s 2016 års undersökning var bl.a. 10/10 för förverkligandet av medborgerliga rättigheter, 9.1/10 för demokratins kvalitet samt 8/10 för icke-diskriminering i relation till olika minoriteter. SGI:s webbplats 16.4.2018, http://www.sgi-network.org/2016/Finland/Quality_of_Democracy. Enligt Statistikcentralens sammanställning 2018 är Finland bl.a. det mest fria landet i världen, röstar i de mest fria val, har den största personliga friheten och valfriheten i världen och är det tredje mest jämställda landet i världen. Statistikcentralens webbplats 16.4.2018, https://www.stat.fi/ajk/satavuotiassuomi/suomimaailmankarjessa_sv.html.

² I sin rekommendation (Universal Periodic Review 2017) konstaterade MR-kommittén att "the current Act on Legal Recognition of the Gender of Transsexuals violates transgender persons' right to self-determination. The Act should be amended so that sterilisation or infertility for other reasons is no longer required for the recognition of gender." A/HRC/WG.6/27/FIN/1, punkt 142. Se även svaret av Věra Jourová på Europeiska kommissionens vägnar till den skriftligt mottagna förfrågan E-001407/2017, givet 9.6.2017, tillgänglig på Europaparlamentets webbplats, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2017-001407&language=FI>, Ministerkommitténs rekommendation CM/Rec(2010)5 och parlamentariska församlingens resolutioner 1728 och 1945 och Amnesty International Finlands öppna brev till minister Juha Rehula, Social- och hälsovårdsministeriet, 11.6.2015, tillgänglig på AI:s webbplats <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/frantic/amnesty-fi/2014/03/Amnestyn-kirje-STM-Rehula-11-6-2015.pdf>.

³ Lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet 8.4.2016/252, 1 § mom. 1.

bryter Finland enligt de ovannämnda organisationerna flera grundläggande mänskliga rättigheter så som t.ex. rätten till skydd för privat- och familjeliv och förbudet mot diskriminering (artiklarna 8 och 14 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, härmed EKMR).⁴

Diskussionen kring temat tilltog efter medborgarinitiativet för en jämlik äktenskapslag (Tahdon2013-kampanjen) godkändes av riksdagen och slutligen trädde i kraft i januari 2017. Medborgarinitiativet föreslog att ändringen till äktenskapslagstiftningen skulle genomföras genom att också ändra på bl.a. lagen om registrerat partnerskap och translagen. Äktenskapslagen och translagen var väsentligen sammankopplade: Före förändringarna till äktenskapslagen trädde ikraft var ett äktenskap eller ett registrerat parförhållande ett hinder för att fastställa kön i enlighet med 1 § i translagen. Könstillhörigheten kunde dock fastställas med tillstånd av maken eller maken, vilket emellertid ändrade äktenskapet till ett registrerat parförhållande eller vice versa (2 §).⁵

Den nya äktenskapslagen erkänner äktenskap mellan två personer oberoende av deras kön. Ändringen medförde således ökad jämställdhet även för transpersoner i och med att juridisk könskorrigering kunde ske utan att äktenskapet måste avslutas. Den uppmärksamhet som den gamla äktenskapslagen fick i de finska medierna belyste (möjligtvis till och med oavsiktligt) även den dåvarande translagens situation.

Den finska translagen och transpersoners rättigheter överlag är en folkrättsligt aktuell fråga. Betydelsen är väldigt stor för sexuella minoriteter och könsminoriteter i och även utanför Finland. Lagstiftningen i denna typs frågeställningar kan vara av ringa betydelse för majoritetsbefolkningen men betydelsen för både transpersoners och deras familjers liv kan vara avgörande.⁶ Citatet i början av avhandlingen (s. iii) är skrivet av Christine Jorgensen, en av de första offentligt transsexuella personerna i världen, och beskriver väl en transpersons sinnesstämning efter att ha fått tillstånd till att vara den hon är.⁷

⁴ EKMR art. 8 och 14.

⁵ Ett medborgarinitiativ till riksdagen gällande en ändring av äktenskapslagen, lagen om registrerade partnerskap och lagen om fastställandet av transsexuella personers könstillhörighet (MI 3/2013 rd, Medborgarinitiativet), s. 3 och 9. Tillgänglig på Tahdon2013:s webbplats, http://www.tahdon2013.fi/assets/initiativ_SE.pdf. Se även Äktenskapslagen 156/2015.

⁶ Enligt Trasek utgör transpersoner kring en promille av befolkningen, vilket i en mindre stat inte kvantitativt är en stor grupp. Dock skulle en promille i ett land som t.ex. Polen redan betyda 40 000 personer och kan därmed absolut inte förbises. Jokela 2015, s. 66, https://sv.wikipedia.org/wiki/Polen#cite_note-1.

⁷ Jorgensen 1967, letter to friends on October 8, 1951.

Redan det bekräftar ämnets betydelse inom folkrätten. Citatet är från ett brev Jorgensen postat i oktober 1951, vilket även påminner oss om att de juridiska frågeställningarna framför oss inte gäller något nytt fenomen, utan har funnits i snart ett århundrade och måste därmed konfronteras och lösas.

Genuskänslighet, könsneutralitet och mångfalden av kön har varit ofta förekommande teman i Finland under den senaste tiden. Samhällsattityden mot transpersoner är dock ytterst oenhetlig både inom de finska gränserna och globalt. Å ena sidan finns det grupper och stater som både erkänner sexuella minoriteter och vill fungera som förespråkare för LHBTIQ-rättigheter, men å andra sidan finns det många som varken erkänner minoriteten eller är villiga att diskutera ämnesområdet.⁸

1.2 Frågeställning och avgränsningar

Målsättningen för denna uppsats var att beskriva det finska samhället år 2018 och lyfta fram den dubbelmoral som för tillfället pågår gällande främjandet av skyddet för olika minoriteter. Frågan kring transpersoners rättigheter blev utvald av sig självt. De olika medierna har relativt starkt hävdad att den finska translagen är föråldrad och icke-förenlig med de mänskliga rättigheterna, i synnerhet pga. steriliseringskravet.⁹ Den primära forskningsfrågan lyder därmed, stämmer detta? Bryter Finland de facto mot sina mänskliga förpliktelser enligt folkrätten, dvs. är tvångssteriliseringspraxisen

⁸ År 2006 föreslog 54 medlemsstater i MR-kommittén att brott mot de mänskliga rättigheterna på basis av sexuell läggning eller könsidentitet borde dömas och diskuteras vid ett senare skede. Ett gemensamt anförande presenterades 2008 i FN:s Generalförsamling och år 2011 gav 85 stater sitt understöd till ärendet med en ”Joint statement on ending acts of violence and related human rights violations based on sexual orientation & gender identity” (<http://www.org/docid/4eb8f32e2.html>). Ingen resolution blev ursprungligen till stånd i och med att ungefär 60 medlemmstater (2011), inklusive flera afrikanska länder så väl som Vatikanstaten motsatte sig ärendet. År 2011 godkände MR-kommittén ett mandat om närmare undersökning av LHBTIQ-ärenden samt den första resolutionen om skyddet för LHBTIQ-rättigheter (dock med röstning 23-19). Joint statement by the ambassador & permanent representative of Norway to the UN office in Geneva 1.12.2006, tillgänglig på webbplatsen <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2006-joint-statement/>, Letter 18.12.2008 to the President of the GA A/63/635, MR-kommitténs resolution “Human rights, sexual orientation and gender identity” antaget 17.6.2011, A/HRC/RES/17/19. Se även <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/u-n-human-rights-council-first-resolution-against-discrimination-based-on-sexual-orientation/> och <https://www.reuters.com/article/us-un-homosexuality/u-n-divided-over-gay-rights-declaration-idUSTRE4BH7EW20081219>.

⁹ Se t.ex. <https://yle.fi/uutiset/3-9698573>, <https://yle.fi/uutiset/3-10027445>, <https://www.hs.fi/kulttuuri/art-2000005313091.html>, <https://www.hs.fi/maailmanuutiset/art-2000005523575.html>, <https://www.hs.fi/paakirjoitukset/art-2000002834452.html>, <https://www.hs.fi/kotimaa/art-2000005337045.html>, http://www.iltalehti.fi/kotimaa/201707252200285804_u0.shtml, <https://www.kansanuutiset.fi/artikkeli/3766377-tyly-viesti-suomi-hylkaamassa-ennatysmaaran-ykn-suosituksia-ihmisoikeuksien-parantamiseksi>.

och den nuvarande lagstiftningen diskriminerande? Kränker tvångssterilisering skyddet för privatlivet eller utgör det till och med tortyr? Eller finns det i detta fall inom folkrätten en bredare tolkningsmarginal som kunde berättiga den finska praxisen? Den fysiska integriteten är bland de mest intima delarna av en persons välmående och existens och ytterligare en grundprincip inom de mänskliga rättigheterna överlag. Att sterilisera en person mot hens vilja är därmed en mycket aggressiv och inkräktande åtgärd i förhållande till det rättsliga intresset som skyddas. Förutom den fysiska integriteten är även den psykiska integriteten något som på många sätt (inte minst med självbestämmanderätten och bestämmelserna om skyddet för privatlivet) skyddas av de mänskliga rättigheterna. Den psykiska integriteten kan innefatta bl.a. könsidentitet. Därmed bör translagen och könsbekräftandeprocessens följder beaktas även som helhet.

Problematiken kring ärendet förorsakas av relationen mellan definitionen av en persons biologiska och juridiska kön samt den tudelade diskussionen i Europa. Tvångssterilisering som ett krav för att ändra sitt juridiska kön kommer därmed att undersökas i relation till de centrala rättigheterna i EKMR. EKMR har valts för att det finns relativt mycket rättspraxis gällande de olika rättigheterna och för att konventionens tillämpningsområde är tillräckligt stor för att skildra de olika synpunkterna till LHBTIQ-frågorna. Samtidigt är antalet medlemsländer tillräckligt stor för att eventuell konsensus mellan länderna ses som trovärdig och tillräckligt stabil för att fungera som grund för hållbara slutsatser. Villkoret kommer också att granskas i förhållande till principen om självbestämmanderätt. Sekundära frågeställningar är frågan om vad translagens innehåll i nuläget är, huruvida det finns andra problem med lagen än enbart tvångssterilisering samt vad de för ärendets behandling centrala mänskliga rättigheterna är. Är translagen och de centrala mänskliga rättigheterna (presenteras nedan i kap 1.3) kongruenta med varandra och om inte, varför? Och hur förhåller sig statens tolkningsmarginal, dvs. doktrinen om när medlemsstaten kan ha rätt att avvika från EKMR¹⁰, till allt detta?

Det finns en mängd andra juridiska frågor gällande transpersoners rättigheter, bl.a. inom familjerätt, arbetsrätt och äktenskapsrätt. Frågor relaterade till dessa ämnesområden kommer att lämnas utanför syftet för denna uppsats. Många av frågorna som berör

¹⁰ Koivu 2015, s. 189, Gerards 2010, s. 1.

transpersoner berör också andra minoriteter. Denna uppsats kommer dock att fokusera endast på transpersoners rättigheter. Förutom frågan om tvångssterilisering väcker könsbekräftandeprocessen även frågor kring t.ex. rättigheten att få annan vård eller behandlingar. En synvinkel kunde vara att undersöka de juridiska och medicinska grunderna till huruvida en person beviljas hormonbehandling. Även dessa frågor kommer dock att lämnas utanför syftet för denna uppsats. Slutligen är patologisering av transpersoner en fråga som diskuterats mycket, bl.a. av Otava Piha. Patologiseringsaspekten kommer inte att granskas eller behandlas som en primärfråga. Många av frågorna går dock i alla fall delvis in i varandra och avhandlingen kommer i sina slutsatser att beakta alla iakttagelser som framkommer vid undersökningen av sterilitetsfrågan.

1.3 Material och metod

Uppsatsen kommer att inledas med att presentera den nuvarande translagstiftningen, dess bakgrund och de problematiska delarna samt de rekommenderade ändringarna. Därefter kommer de centrala internationella normerna och principerna som Finland juridiskt är bundet av identifieras och analyseras i relation till translagen. Slutligen kommer den till Europadomstolen utmärkande tolkningsmarginalsdoktrinen presenteras. Analysen i förhållande till translagen genomsyrar hela avhandlingen men inriktas starkast mot slutet - tolkningsmarginalsdoktrinen binder ihop både lagen och substansen i de människorättsliga artiklarna. De centrala principerna för målsättningen av denna uppsats är rätten för skyddet för privat och familjeliv och självbestämmanderätten samt diskrimineringsförbudet och förbudet mot tortyr. Bestämmelserna om skyddet för privatliv respektive diskrimineringsförbudet valdes eftersom dessa upprepade gånger åberopats av medierna. Eftersom forskningsfrågan anknyter till ofrivilliga fysiska ingrepp som traditionellt i folkrätten väckt frågor i om tortyrbestämmelserna valdes även förbudet mot tortyr som en jämförelsegrund. Utgångspunkten för dessa förbud och rättigheter är den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). Stora delar av EKMR baserar sig på den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, dock kommer fokusen att ligga på den regionalt centrala konventionen, EKMR. Analysen av de centrala bestämmelserna

(ovan) utförs med hjälp av rättsfall från Europadomstolen, i synnerhet fallen *Christine Goodwin v. UK* (2002, *Goodwin*) och *AP, Garçon & Nicot v. France* (2017, *AP*).

Rättspraxis från Europeiska människorättsdomstolen har en viktig roll i och med att den visar den europeiska rättssäkerhetens riktning, dvs. hurudan tolkningsmarginal för tillfället är godtagbar för medlemsländerna. Olika rättsfall kommer att fungera som primärkälla för att analysera hur de centrala principerna tolkats och tillämpats i Europa. Alla inkluderade rättsfall är från Europadomstolen om annat ej nämns. Slutligen kommer forskningen att stödas med argument som baserar sig på de olika rättslärdas observationer och forskningsresultat så väl som vetenskapliga artiklar från bl.a. Edilex och Heinonline.

Argumentationen kommer även att förstärkas med motsvarande praxis och lagstiftning från andra nordiska länder pga. att rätts- och samhällskulturen i de nordiska länderna på många sätt liknar varandra. Förutom de ovannämnda rättskällorna används utlåtanden och kommentarer av bl.a. Europarådets parlamentariska församling och olika FN-organisationer som CRDP och CAT. Rekommendationer av Europarådets parlamentariska församling och Europarådets utsagor har särskild betydelse i och med att det relevanta geografiska området för avhandlingen begränsas till Europa och medlemsstaterna till EU. Slutligen utnyttjas den forskning som människorättsligt kända övriga internationella funktionärer som bl.a. Amnesty International, TGEU och ILGA gjort.

Forskningen kommer att utföras med en genuskänslig metod som valts för att undvika att oavsiktligt medverka till upprätthållandet av en diskriminerande begreppsapparat. Eftersom trans-tematiken terminologiskt kan behandlas i väldigt varierande stilar kommer de mest centrala begreppen och deras användningssätt att förklaras noggrannare nedan. Definitionerna har uppställts i enlighet med Transstödscentrums (TSC) definitioner och Setas guide för journalister.¹¹

En del av (den äldre) litteraturen som använts som källa för denna avhandling innehåller begrepp som enligt det moderna och mer genuskänsliga språkbruket låter föråldrat och kan uppfattas som kränkande eller förolämpande. En förtydligande av ordvalen är

¹¹ <http://transtukupiste.fi/hlbtiq-sanasto/>; Setan toimittajaopas 2016, tillgänglig på webbplatsen https://www.dropbox.com/s/x198rqyo222godo/Setan_toimittajaopas_2016.pdf?dl=0.

därmed nödvändig. Första skillnad som bör påpekas är skillnaden mellan det biologiska könet och det sociala könet (genus): Det första hänvisar till det kön som fastställts vid födelsen, medan det andra används för att beskriva könet som en helhet, dvs. den heltäckande upplevelse om sig själv som uppbyggs med tiden (det sociala könet).

”Transperson” är ett samlingsbegrepp som används allmänt för alla slags könsidentiteter eller könsuttryck som ibland (eller alltid) skiljer sig från de förväntningar som gäller det kön man ursprungligen kategoriserats i. Som transpersoner kan räknas bland annat transvestiter, icke-binära, genderqueer och transkönade.¹² Ett annat samlingsbegrepp är akronymen LHBTIQ (lesbiska, homosexuella, bisexuella, transpersoner, interkönade och queers, en. lgbtiq) som syftar på både sexuella och könsminoriteter och som kan användas både för att beskriva en grupp eller i juridiska sammanhang, dvs. LHBTIQ-rättigheter. Akronymen varierar beroende på vilka identiteter man syftar på och ibland används t.ex. endast HBTQ.¹³ För syftet av denna avhandling kommer akronymen LHBTIQ att användas, dels pga. dess väletablerade status i det svenska språket och dels för att kunna syfta på både sexuella och könsminoriteter. Motsatsen till transpersoner är *cis-könade*.¹⁴

En person med könsinkongruens, dvs. en som upplever en motstridighet mellan sin könsidentitet och könet som fastställts vid födelsen benämns ofta som transkönad (fi. oftast *transsukupuolinen*).¹⁵ En transkönad ska inte förväxlas med intersexualism (dvs. medicinskt oklar könstillhörighet), transvestitism (dvs. regelbundet behov att t.ex. med hjälp av klädseln uttrycka sig enligt det andra [binära] könet som hen inte kategoriserats

¹² <http://seta.fi/regnbagsbegrepp/>.

¹³ <http://seta.fi/regnbagsbegrepp/>.

¹⁴ Cis-könade har en könsidentitet som totalt eller för det mesta motsvarar det kön som personen kategoriserats i vid födseln. Jokela 2015, s. 70.

¹⁵ I det finska språket uppkommer även en annan definition (fi. transgenderinen, ev. transgenderistisk) som innebär en könsidentitet som inte är otvetydigt manlig eller kvinnlig utan eventuellt något däremellan eller utanför. I Finland har THL klassificerat ”transsexualism” och ”andra könsidentitetsstörningar” som psykiska sjukdomar i enlighet med WHO:s (World Health Organization) internationella ICD-10-klassificeringssystem. Sedan 18.6.2018 har WHO uppdaterat klassificeringssystemet till ICD-11, där könsinkongruens (fd. ”transsexualism”) och annan könsinkongruens (fd. ”annan könsidentitetsstörning”) klassificeras under kategorin ”sexual health” i stället för mentalsjukdomar. Uppdateringen gjordes för att minska stigmatiseringen av transpersoner samt gynna den sociala acceptansen och tillgången till rätt typ av vård. Fram till 13.8.2018 hade THL inte ännu uppdaterat sitt system för att motsvara ICD-11. Systemen finns tillgängliga på webbplatsen <http://koodistopalvelu.kanta.fi/codeserver/pages/classification-list-page.xhtml> och <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2fid%2fentity%2f90875286>. Se även <https://www.youtube.com/watch?v=kyCgz0z05Ik>.

i vid födseln) eller genderqueer (en person som identifierar sig mellan eller utanför de binära könskategorierna kvinna och man och/eller som inte vill definiera sitt kön).¹⁶

Begreppet transsexuell är den begagnade versionen av samlingsbegreppet transperson eller transkönad. Begreppet anses allmänt föråldrat, kränkande samt missvisande i och med den orimliga betoningen som ordet ”sexuell” får i sammanhanget. En persons sexuella läggning är irrelevant i fråga om en persons kön och bland transpersoner finns så väl hetero-, homo- och bisexuella människor likaväl som bland cis-könade.¹⁷ Eftersom en del av litteraturen i källförteckningen är skrivna på 1900-talet används denna term ofta. I hänvisningar till dessa böcker kommer jag dock att använda termen transperson (se ovan) eller transkönad, vilka numera även används både inom medicin och författningsberedning.¹⁸ Begreppet ”transsexuell” kommer för tydlighetens skull användas i sådana sammanhang där jag hänvisar direkt till en lag eller ett myndighetsdokument där begreppet används.

En del transpersoner vill få medicinsk vård och behandling (inklusive operationer) för att det biologiska könet skulle motsvara ens könsidentitet. Den finska termen ”sukupuolenvaihtoleikkaus”, fritt översatt könsbyte ersattes med ”sukupuolenkorjaus” eller könskorrigering.¹⁹ Numera har även denna term ifrågasatts. Det har blivit vanligare att använda könsbekräftande behandling eller könsbekräftande operation (fi. sukupuolenvahvistamisleikkaus) för att bättre skildra situationen. Könskorrigering kan förstås som att en person genomgår ett eller flera operationer för att transformeras till något annat (något som de ursprungligen inte är), medan könsbekräftande behandling förstås som en t.ex. operation som personen väljer för att bekräfta det kön hen redan har. För att syfta till hela den vårdprocess (inklusive olika intervjuer, behandlingar och operationer) som förhoppningsvis leder till att juridiskt få bekräfta sitt kön till den som motsvarar ens könsidentitet används för syftet av denna avhandling ”könsbekräftandeprocess”.

¹⁶ Rastas 1992, s. 10. Genderqueer översätts i finskan oftast till ”muunsukupuolinen”. Se t.ex. <http://seta.fi/regnbagsbegrepp/>.

¹⁷ Se t.ex. Rastas 1992, s. 11, Setan toimittajaopas 2016, s. 3 eller Jokela 2015, s. 70.

¹⁸ Rantala 2016, s. 10.

¹⁹ Eftersom ”byte” i detta sammanhang kan förstås som att det endast skulle finnas två (motsatta) kön varemellan en person kan byta från eller till. På grund av detta har ordet ”korrigering” blivit mer använd. ”Byte” kan även kännas kränkande om en person starkt känner att hen redan är det som hon nu ”byts” till. Rastas 1992, s. 9. Se även Council of Europe, rekommendation 1117, 1989, s. 7.

Det är värt att notera att språket konstant utvecklas och att termen ”transperson” till exempel inte motsvarar allas uppfattning om sig själva. Det finns inte heller en internationellt eller juridiskt överenskommen definition om transsexualitet eller transgender som enhetligt skulle kunna användas i t.ex. minoritetsrättsliga sammanhang. Därmed kommer termerna transperson och transkönad användas i syfte att beskriva den grupp människor för vilken tvångssteriliseringskravet kan aktualiseras. Termerna har valts för att underlätta läsbarheten genom att skapa enhetlighet. Att stadfästa alla former av ”trans” eller kön eller t.ex. en persons framskridande i könsbekräftandeprocessen är inte heller relevant för syftet av denna uppsats (för att inte tala om dess ändamålsenlighet eller ens reella möjlighet). Trots mångfalden av termer relaterade till ämnet kommer alla utöver de redan nämnda termerna lämnas utanför syftet för denna uppsats.

Under den senaste tiden har man i den medicinska litteraturen övergått från att betona könsnormativitet och ”de två könen” till att förstå könsidentiteternas mångfald.²⁰ Uppsatsen kommer på motsvarande sätt att referera till ”ett annat” kön istället för ”det andra” eller ”det motsatta” könet för att undvika en automatisk antagande om könsbinarism.²¹ Slutligen kan konstateras att forskningsarbetet kommer i stora drag att följa en rättsdogmatisk tillvägagångssätt med dock en lätt rättspolitisk nyans – eftersom det är frågan om ett mycket känsligt samt etiskt och moraliskt laddat tema kan viss politisering inte undvikas.

²⁰ Rantala 2016, s. 11.

²¹ Med könsbinarism (fin. kaksijakoinen sukupuolikäsitys) avses samhällets automatiska antagande om att begreppet ”kön” är tudelat: man är antingen feminin (kvinna) eller maskulin (man). Motsatsen är icke-binär eller genderqueer uppfattning om könet.

2 Den nuvarande translagen

2.1 Translagens bakgrund

Vid granskningen av den finska transhistorien kan man urskilja tre tydliga perioder: tiden före steriliseringslagstiftningen (-1935), steriliseringslagarnas period (1935-2002) samt millennieskiftet och den moderna tiden. Från och med 1950-talet har tusentals transpersoner (inklusive C. Jorgensen) opererats och uppgifter om operationer finns så tidigt som från 1930-talet.²² I början av 1900-talet pågick en samhällelig diskussion om könsmoral och rashygien och ursprungligen initierades kastreringskutymen för att motverka degeneration.²³ Det bör anmärkas att skribenten i detta sammanhang avser en kastreringskutym *överlag* – transsexualitet eller könsidentitetsfrågor var totalt separata frågor fram till ca 1960-talet (se s. 11). Fram till 1930-talet var kastreringskutymen och -situationen totalt oreglerad och olika operationer kunde genomföras till och med utan patientens eller personens samtycke (eller ens nödvändigtvis vetskap) eller någon typ av övervakning.²⁴ Det eventuellt bäst kända exemplet om rashygieniska åtgärder är Hitlers Tyskland och kastreringen av judar.

Första steriliseringslagen (fi. *sterilisoimislaki*) trädde i kraft 13.6.1935. Enligt 1 § 1 mom. kunde förutom vissa dömda kriminella bl.a. idioter, efterblivna och psykiskt sjuka föreläggas till sterilisering ifall det fanns en risk att det nämna felet nedärvs eller personers barn på grund av efterblivenheten blir utan vårdnad.²⁵ Med psykisk sjuka avsågs då manodepressivitet, schitsofreni eller annan mentalsjukdom som konstaterats vara ärftlig.²⁶

²² Rastas 1992, s. 9.

²³ Mattila 1999, s. 14-18 och 58-61. Den allmänna definitionen på rashygien är människors intresse för att påverka sina avkomlingar. För att säkerställa avkomlingars kvalité uppdelades populationen till biologiskt ”dugliga” och ”odugliga”. De sistnämnda kunde innebära fysiska fel, sjukdomar (t.ex. hemofili), mentala tillstånd (t.ex. svagsinhet, fin. *tylsämielisyys*) eller sociala drag som kunde nedärvas. Därmed kunde olika ingrepp eller åtgärder riktas till de odugliga.

²⁴ Mattila 1999, s. 22, Helsingfors stadsbiblioteks Kysy!-tjänst, tillgänglig på webbplatsen <http://www.kysy.fi/kysymys/mita-ihmisryhmyja-suomessa-pakkosteriloitu-missa-maarin-ja-milloin>.

²⁵ Steriliseringslagen 13.6.1935/227, 1 § ”Tylsämielinen (idiootti), vähämielinen (imbesilli) ja mielisairas voidaan määrätä tehtäväksi suvun jatkamiseen kykenemättömäksi, jos on syytä varoa, että sellainen vajaakelpoisuus periytyisi hänen jälkeläisiinsä, tai jos on todennäköistä, että hänen lapsensa jäisivät hänen tällaisen vajaakelpoisuutensa takia huoltoon vaille.”

²⁶ Steriliseringsförordningen 1 §, 13.06.1935 (No 228/1935).

Steriliseringslagen förbereddes redan på 20-talet då degeneration var tidens moderna vetenskap – rashygienen förbättrades i flera västländer och Finland var inte på något sätt exceptionell. Staterna ville undvika ”försämringen av rasen” och den allmänna uppfattningen var att benägenheten till t.ex. mentalsjukdomar var i en persons arvs massa. Lagen tillämpades också på bl.a. fallandesjuka och dövstumma (idag skulle man använda begreppen epileptiker respektive teckenspråkiga).²⁷

Den andra lagen om sterilisering kastreringslagen (fi. *steriloimislaki*)²⁸, stiftades 1950. Ordalydelsen ändrades till att även omfatta handikappade i sjukhusvård som på grund av sin könsdrift kunde vara till fara för andra människor. Både lagen från 1935 och lagen från 1950 (2 §) tillät kastrering på egen begäran även ifall de ovannämnda villkoren inte uppfylldes, dock förutsattes att personen inte mist sin rättshandlingsförmåga. Under perioden 1935-1958 gav Medicinalstyrelsen 40 kastreringstillstånd.²⁹ Antalet ansökningar som baserar sig på transsexualitet är dock okänt. Under tiden 1959-1969 ansökte 12 människor om tillstånd till frivillig kastrering. Enligt RP 56/2001 baserade sig fyra av dessa på transsexualitet, dock blev alla avslagna.³⁰

Steriliseringslagen³¹ från 1970 var den första lagen som beaktade en persons självbestämmanderätt i förhållande till steriliserings- eller kastreringsåtgärder. En tvångsåtgärd av detta slag ansågs utgöra ett stort ingrepp i en persons fysiska integritet, och förolämpningen konstaterades slutligen vara oproportionerlig i förhållande till det som för samhällets intressen vore nödvändigt.³² Därmed undanskaffades möjligheten till tvångskastrering och operationen fästes till den ifrågavarande personens fasta begäran. Tillståndet krävde dock fortfarande att det fanns en risk att personen på grund av sin

²⁷ Helsingfors stadsbiblioteks Kysy!-tjänst, tillgänglig på webbplatsen <http://www.kysy.fi/kysymys/mita-ihmisryhmiä-suomessa-pakkosteriloitu-missa-maarin-ja-milloin>.

²⁸ Kastreringslagen 84/1950.

²⁹ Rastas 1992, s. 37. Medicinalstyrelsen ersattes år 1991 av Sosiaali- ja terveyshallitus som sedermera ersattes av Stakes (Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus). Stakes förenades år 2006 med Folkhälsoinstitutet och den nya anstalten fick namnet THL (Terveyden ja hyvinvoinnin laitos). THL:s webbplats 26.2.2018, <https://thl.fi/sv/web/thlfi-sv/thl/vad-ar-thl-/historia>.

³⁰ RP 56/2001, punkt 2.1.2.

³¹ Steriliseringslagen 283/1970.

³² RP 106/69:2; Rastas 1992, s. 37.

könsdrift skulle orsakas psykiskt lidande eller andra allvarliga skador som endast kastrering skulle kunna lindra.³³

Även om operationen skulle utföras på den vederbörandes begäran utgör den en synnerligen allvarlig åtgärd gentemot den fysiska integriteten. På grund av detta skulle förutsättningarna till kastrering och själva kastreringsförfarandet omfattas av speciellt stränga krav.³⁴ Vilka dessa stränga krav var publicerades aldrig officiellt trots att de i verkligheten tillämpades även på transsexuella personer. Besluten var dessutom inte överklagbara och saknade motiveringar till varför de godkänkts eller avslagits. För att utreda den nya lagens tillämpningsområde inlämnade HUCS (fi. HYKS) psykiatrer en förfrågan till Medicinalstyrelsen. Det verkade vara oklart för läkarna ifall lagen borde tillämpas på transsexuella eller inte och därmed bad de om ställningstagande till de juridiska problemen anknutna till de transsexuellas vård. Medicinalstyrelsen gav aldrig ett svar.³⁵

För att erhålla operativ behandling förutsattes på 1970-talet inte ett kastreringsbeslut. Linjedragningen ändrades dock på 1980-talet och kastreringsbeslutet blev åter ett krav. Det finns inga officiella orsaker till detta. Transsexualitet blev en mer allmän grund till kastrering än någonsin förr trots att alla de tillstånd som beviljades t.ex. under perioden 1980-1991 nåddes först efter omröstning.³⁶ Medicinalstyrelsen har på basis av det ovannämnda haft en mycket omfattande prövningsrätt gällande transpersoners rättigheter och det går inte att med säkerhet fastställa att praxisen varit konsekvent.³⁷

Fram till 1970-talet invalidiserades tiotusentals människor på rashygieniska grunder. Det var frågan om myndigheternas mycket strikta tolkning av lagtexten enligt vilken fortplantningsförmågan borde avlägsnas ”jos on syytä varoa, että sellainen vajaakelpoisuus periytyisi” eller ”kun on syytä otaksua, että hänen jälkeläisensä olisivat vajaamielisiä”.³⁸ På grund av det ovannämnda är det osannolikt att translagen inte skulle

³³ Steriliseringslagen 283/1970, 1 §.

³⁴ RP 106/69:2.

³⁵ LHKA 9064/38/70, Rastas 1992, s. 39.

³⁶ Rastas 1992, s. 39.

³⁷ Ingen av de psykiatrer som på 1960-talet gav sina utlåtanden till Medicinalstyrelsen rekommenderade operativ behandling, dvs. kastrering, för transsexuella. Alanko och Achté, 1971, har dock påpekat att åtminstone åtta personer opererades under år 1970 med transsexualitet som grund. Rastas 1992, s. 38.

³⁸ Sterilisoimislaki 1§ (13.06.1935 No 227/1935), Steriloimislaki 1§ (1970) och <http://www.kysy.fi/kysymys/mita-ihmisryhmia-suomessa-pakkosteriloitu-missa-maarin-ja-milloin>.

ha blivit påverkad av den länge rådda uppfattningen om och rättsläget gällande degeneration.

Att Medicinalstyrelsen aldrig gav ett svar kan också tolkas som en av orsakerna till att steriliseringskutymen pågår ännu idag. Ingen av de ovannämnda lagarna eller förarbeten till dessa nämner transsexuella, varken direkt eller indirekt. Undersökningen om grunderna till den praxis Finland idag har väcker därför mer frågor än vad den ger svar.

2.2 Några internationella vändpunkter

En av de första vändpunkterna i Europa var Europaparlamentets rekommendation 1117/1989. Rekommendationens utgångspunkt var att transpersoner skulle bemötas i enlighet med de allmänna mänskliga rättigheterna och att medlemsstaterna i sin nationella lagstiftning borde säkerställa transpersoners position i samhället så att de inte skulle bli utsatta för diskriminering eller kränkningar i sina privatliv. Rekommendationen fastställde begreppet ”dual personality” – att människan har ett fysiskt och ett psykiskt kön och att dessa inte nödvändigtvis är kongruenta.³⁹

År 2002 tog Europadomstolen genom fallet *Goodwin* kraftigt ställning till transpersoners rättigheter: Christine Goodwin var en transkvinna som efter sin könsbekräftandeprocess (som också inkluderade flera operationer) nekades juridisk bekräftelse för sitt postoperativa kön. Domstolen fann att staten i detta fall inte uppfyllde sina positiva skyldigheter och fann att agerandet kränkte individens rätt för skyddet för respekt för privat- och familjeliv.⁴⁰ Många länder inklusive Finland har därefter ändrat sin nationella lagstiftning så att den möjliggör juridiskt bekräftelse av könet, exempelvis med nya identitetsbevis och ny personbeteckning.

År 2006 samlades en grupp nationella experter inklusive domare, FN:s före detta människorättskommissionär och flera specialrapportörer, före detta medlem av CEDAW-kommittén och MR-kommitténs medlemmar och sammanställde de så kallade Yogyakarta principerna – en guide för hur de mänskliga rättigheterna ska tryggas för alla människor oberoende sexuell läggning eller könsidentitet. Principerna grundar sig

³⁹ Europaparlamentets rekommendation 1117/1989, Rastas 1992, s. 1.

⁴⁰ *Goodwin v. UK*, punkt 93. EKMR, art. 8.

på internationella normer som staterna bundit sig vid och innehåller bl.a. ett diskrimineringsförbud och rätten att bli erkänd inför lagen. I bl.a. fallet *AP* från 2017 nämndes principerna uttryckligen och även om utgångspunkten var att principerna i detta fall inte borde tillämpas och att principerna inte utgör en konventionell internationell överenskommelse kan deras inverkan inte totalt förbises.⁴¹ EU:s människorättskommissionär publicerade en utredning år 2009 där han rekommenderade medlemsstaterna bl.a. att med hjälp av Yogyakarta principerna implementera sådana mekanismer som skulle hindra könsbaserad diskriminering, att förbättra tillgängligheten av hormonbehandling och annan vård och att avskaffa steriliseringskraven.⁴² År 2010 publicerade den Parlamentariska församlingen i EU en motsvarande rekommendation.⁴³

År 2011 kom MR-kommittén fram till sin första resolution gällande LHBTIQ-rättigheter. Kommittén bekräftade sin oro för förverkligandet av skyddet för olika sexuella minoriteter och tilltalade MR-kommissionären att slutföra sin rapport.⁴⁴ Kommissionärens rapport kom i slutet av 2011 och åberopade staterna bl.a. att underlätta processen för juridisk bekräftelse av könet utan att samtidigt kränka andra mänskliga rättigheter.⁴⁵ I motsvarande rapport år 2013 vädjade specialrapportören medlemsstaterna redan att avskaffa sådana lagar som tillåter kränkande och oåterkalleliga behandlingar, bl.a. tvångssterilisering.⁴⁶

Fallet *AP* från 2017 var vägledande på ett sätt som motsvarar *Goodwin*. I rättsfallet bekräftade domstolen för första gången att tvångssterilisering kan utgöra brott mot skyddet för privatliv i enlighet med artikel 8. För att få sitt kön bekräftat till något annat än det som ursprungligen bestämts vid födseln krävde den franska lagstiftningen under

⁴¹ Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, "signatories" och artiklarna 2-3. Från Finland deltog fd specialrapportören och akademikern Martin Scheinin, övriga deltagare var bl.a. specialrapportörerna Philip Alston (AU) och Yakin Ertürk (TR), FN:s fd människorättskommissionär Mary Robinson (IR), fd medlem av CEDAW-kommittén Elizabeth Evatt (AU) och MR-kommitténs medlem Michael O'Flaherty. Principerna och ytterligare information tillgängliga på webbplatsen <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/about-the-yogyakarta-principles/>. Se även *AP*, punkt 111.

⁴² Människorättskommissionärs utlåtande CommDH/IssuePaper(2009)2 - Human rights and gender identity, del V, Strasbourg 29.7.2009, tillgänglig på Europarådets webbplats <https://rm.coe.int/16806da753>.

⁴³ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1728, punkt 16.11.2.

⁴⁴ A/HRC/RES/17/19. Se även <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/u-n-human-rights-council-first-resolution-against-discrimination-based-on-sexual-orientation/> och <http://edition.cnn.com/2011/WORLD/europe/06/17/un.lgbt.rights/index.html>

⁴⁵ A/HRC/19/41 punkt 84(h).

⁴⁶ A/HRC/22/53, punkt 88.

tiden för sökandenas könsbekräftandeprocess att man fått en diagnos om könsidentitetsstörning och att man oåterkalleligt förändrat sitt utseende. Oåterkallelig förändring av de fysiska särdragen tolkades som tvångssterilisering (en. ”state-enforced sterilization”) och domstolen ansåg att staten inte i tillräckligt hög grad visat att ett sådant intrång på en persons fysiska integritet skulle vara nödvändigt för allmänhetens intressen.⁴⁷ Fallet lämnade dock även flera frågor obesvarade, bl.a. patologiseringen av transpersoner, vaghet i argumentationen samt total uteslutande av vissa viktiga diskussioner.⁴⁸

2.3 Nuvarande innehåll och samhällelig diskussion

Den diskussion som pågår idag samt den translag som senast uppdaterats i samband med den nya äktenskapslagen (156/2015) kan ses som ett resultat av det arbete och lobbande som började redan på 1970-talet efter avkriminaliseringen av homosexuella gärningar 1971 och grundandet av människorättsorganisationen Seta (Seksuaalinen tasavertaisuus ry) 1974.⁴⁹ I efterdyningarna av dessa händelser grundades medlemsorganisationen Trasek rf år 1984 - en patientorganisation som arbetar så väl i Finland som internationellt för transpersoners, interkönade personers och genderqueer-personers (fi. muunsukupuolinen) grundrättigheter och mänskliga rättigheter.⁵⁰

2000-talet har innefattat flera ändringar för både sexuella minoriteters och könsminoriteters rättigheter. Förutom den första translagen (28.6.2002/563) trädde bl.a. lagen om likabehandling (21/2004) i kraft 1.2.2004 och år 2011 upphävdes sjukdomsklassificeringen för transvestism.⁵¹ I och med den nya äktenskapslagen (156/2015) förutsätts inte längre skilsmässa eller omvandling till ett registrerat partnerskap för de transpersoner som levt i äktenskap och får ett juridiskt nytt könstillhörighet. Däremot ändras ett registrerat partnerskap enligt samverkan av den nya äktenskapslagen och translagens 2 § utan särskilda åtgärder till ett äktenskap när könstillhörigheten för en person fastställs - ett ursprungligen samkönat par måste alltså

⁴⁷ AP punkt 58, 73 och 132-135.

⁴⁸ Se t.ex. Piha 2018 och Rautiainen 2017.

⁴⁹ Setas webbplats <https://seta.fi/historia/> 27.4.2018.

⁵⁰ Artikel ”Potilasjärjestö Trasek saa uuden puheenjohtajan” publicerad på webbplatsen <http://trasek.fi/2017/04/29/potilasjarjesto-trasek-saa-uuden-puheenjohtajan/> 29.4.2018.

⁵¹ Setas webbplats <https://seta.fi/historia/> 27.4.2018.

inte på något sätt initiera eller ansöka om att få bli äkta makar om ena parten juridiskt ändrar sitt kön utan detta görs automatiskt av magistraten.

Den nuvarande translagen var ett stort framsteg för de minoritetsrättigheter som före år 2002 hade förblivit i skymundan av andra kvantitativt större (och eventuellt mer högljudda) minoriteter med sina specifika krav. I och med den nya translagen fastställdes transpersoners juridiska position och alternativet att överhuvudtaget få sitt kön juridiskt bekräftat, vilket förr inte tekniskt varit ens möjligt. Dock är de villkor som fastställandet kräver mycket problematiska.⁵²

Ändring av könsbeteckning är bundet med mycket strikta krav och det är endast möjligt att välja mellan två alternativ, man eller kvinna.⁵³ En annan könstillhörighet än den som antecknats i befolkningsdatasystemet enligt lagen om befolkningsdatasystemet och befolkningsregistercentralens certifikattjänster (661/2009, Befolkningsdatalag) kan enligt translagens 1 § fastställas juridiskt ifall personen visar upp en medicinsk utredning om att han eller hon varaktigt upplever sig tillhöra det motsatta könet och lever i en könsroll som motsvarar detta (har en vederbörlig psykisk diagnos) och att hen undergått sterilisering eller av annan orsak saknar fortplantningsförmåga (1 mom.). Ytterligare krävs att personen är myndig (2 mom.) och att personen är finsk medborgare eller permanent bosatt i Finland (3 mom.). Med den medicinska utredningen avses en psykiatrisk utredning. Ifall de ovannämnda villkoren uppfylls fastställer Magistraten könet på basis av en av transpersonen undertecknad ansökan. Däremot kräver könskirurgi ytterligare två rekommendationer av specialiserade psykiatrer.⁵⁴

Den medicinska utredningen om könsupplevelse baserar sig på det internationella sjukdomssklassifieringssystemet ICD-10 uppbyggt av WHO.⁵⁵ För tillfället finns en diskussion om upphävning av sjukdomsklassificeringen ”transsexualism” och i den nyaste versionen av klassificeringssystemet, ICD-11 som publicerats 18.6.2018, har

⁵² Jokela 2015, s. 66.

⁵³ Piha 2018, s. 81. Intressant nog har könet inte definierats i någon lag. Befolkningsdatalagen (661/2009) förutsätter att alla har *ett kön*, dock nämns det ingenstans att det borde vara *man eller kvinna*. Rantala 2016, s. 9.

⁵⁴ Jokela 2015, s. 72 och 83.

⁵⁵ ICD (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems) är ett system uppsatt av WHO som även används av THL. Enligt THL klassificeras transsexualism som psykisk sjukdom F64.0 medan t.ex. genderqueer (fi. muunsukupuolinen) klassificeras som annan könsidentitetsstörning F64.8. Systemet finns tillgängligt på webbplatsen <http://koodistopalvelu.kanta.fi/codeserver/pages/classification-list-page.xhtml>.

WHO slopat termerna ”transsexualism” och ”könsidentitetsstörning” som förr funnits i kategorin om mentalsjukdomar - däremot finns olika former av *könsinkongruens* numera under kategorin ”sexual health”.⁵⁶ THL har dock inte ändrat på den finska databasen och klassificeringssystemet som alltså tillsvidare baserar sig på en begagnad ICD-version.⁵⁷

Även ordalydelsen i regeringspropositionen bakom själva translagen likställer transsexualism tydligt med *mentalsjukdomar* (”någon *annan* mental störning”, egen kursiv).⁵⁸ Sjukdomsklassificeringen har kritiserats bl.a. för att den anses bidra till upprätthållandet av en abnormalitetsstigma hos transpersoner.⁵⁹ Tillsvidare klassificeras dock transsexualism och andra könsidentitetsstörningar i Finland som psykiska sjukdomar. Följande kriterier har fastställts för diagnosen ”transsexualism”: 1. En önskan om att leva och bli accepterad som en medlem av det motsatta könet. Detta är i allmänhet förknippat med en önskan om kirurgisk och hormonell behandling för att kroppsligen likna det prefererade könet så mycket som möjligt. 2. Upplevelsen av den transsexuella identiteten har varat i minst två år. 3. Det är inte fråga om symptom på någon annan mental störning, t.ex. schizofreni, eller om en kromosomavvikelse.⁶⁰

I författningsskedet sågs ingen relation mellan villkoren och grundrättigheterna. Translagen behandlades inte i riksdagens grundlagsutskott, vilket medförde att man aldrig tog ställning till villkorens förenlighet med den finska grundlagen eller de människorättsförpliktelser som Finland är bundet av. De olika utskotten fokuserade främst på kravet på att personen i fråga är ogift och steriliseringskravet sågs inte som ett problem.⁶¹

⁵⁶ Report of ICD-11 Revision Review, 14.4.2015, <http://www.who.int/classifications/icd/revision/en/>, <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentity%2f90875286>. Se även <https://www.youtube.com/watch?v=kyCgz0z05Ik>.

⁵⁷ THL kommer fortsättningsvis att använda ICD-10 och enligt ett mycket preliminärt utlåtande kan systemet övergå till ICD-11 tidigast då sote-reformen är färdig och har verkställts. Artikel ”ICD-11 ei tule vielä Suomeen” publicerad i Lääkärilehti 15.6.2018 av Minna Pihlava, tillgänglig på webbplatsen <https://www.laakarilehti.fi/ajassa/ajankohtaista/icd-11-ei-tule-viela-suomeen/>.

⁵⁸ RP 56/2001, s. 15.

⁵⁹ Piha 2018, s. 87, Jokela 2015, s. 66.

⁶⁰ RP 56/2001 vd, s. 14.

⁶¹ StVM 7/2002 vp, IAvl 3/2002 vp, Rantala 2016, s. 19.

Lagen tillämpas endast på personer som tydligt upplever sig som transsexuella i translagens bemärkelse. Detta utesluter många andra personer, t.ex. genderqueer eller interkönade från lagens tillämpningsområde och frántar därmed dem den vård de behöver. Speciellt steriliseringskravet har kritiserats utgående från motstridighet till en persons rätt till jämlikhet, fysiskt integritet samt rätt till respekt för privat- och familjeliv, dock har vissa hävdad att även den psykiatriska värderingen kan vara nog för att kränka människovärdet och självbestämmanderätten.⁶²

Den förhandenvarande situationens människorättsliga problem är huruvida ett så starkt ingrepp i en persons privatliv kan vara berättigat med tanke på en människas självbestämmanderätt samt huruvida sterilisering eller andra medicinska ingrepp är nödvändiga för att klassificera en person som tillhörande till ett visst kön.⁶³ Även om transpersoners rättigheter diskuterats livligt kan både det politiska och rättsliga läget beskrivas som mycket hetero- och könsnormativt, även om det inom genusvetenskaperna rått en relativt stark konsensus om att könet ändras i tid och rum i relation till människors uppfattningar.⁶⁴ Problematiken kan dessutom behandlas utgående från både diskrimineringsförbudet, skyddet för privatliv eller t.o.m. förbudet mot tortyr. Att själv få bygga upp och definiera sin identitet är ett grundbehov för människovärdigt liv.⁶⁵

2.4 Motsvarande lagar i de Nordiska länderna

Finsk rättsliga tradition baserar sig starkt på den svenska traditionen och än idag har länderna vissa nästan identiska lagar.⁶⁶ De nordiska länderna har förutom ett gemensamt skandinaviskt språk i regel haft en relativt liknande rättsutveckling gällande bl.a. människorättspolitik.⁶⁷ Det finns trots allt även olikheter: Exempelvis har Norge inte anslutit sig till EU och kan i vissa fall anses ha haft en avvikande röstningskutym inom internationella relationer, medan Finland och Sverige tillhållit en mer neutral profil.⁶⁸

⁶² Translagen 1 § 1 mom, Jokela 2015, s. 63. Se även Piha 2018.

⁶³ AP, punkt 73.

⁶⁴ Jokela 2015, s. 68-69.

⁶⁵ Jokela 2015, s. 66.

⁶⁶ Se t.ex. respektive köplagar: Köplagen 1990/931 (se) och köplagen 1987/355 (fi).

⁶⁷ Se t.ex. Pihlajamäki 2004 eller Letto-Vanamo 1991 för den gemensamma rätthistorien. De nordiska länderna har i regel förhållit sig aktsamt till nya kollektiva mänskliga rättigheter. Utriainen 1988, s. 8.

⁶⁸ Utriainen 1988, s. 12.

Även inom lagstiftningen om sexuella och könsminoriteter har Finland i hög grad (hittills) följt Sveriges fotspår.⁶⁹ Speciellt angående transrättigheter har staterna uppenbarligen valt olika tillvägagångs- och tolkningssätt. Det verkar som att staterna förhåller sig olika till tolkningsmarginalsdoktrinen i EKMR och att Finland åtagit en mycket mer konservativ linje i transfrågor än vad de övriga nordiska staterna har.

Som redan konstaterats är Finland den enda nordiska staten som kräver sterilisering för att juridiskt bekräfta sitt kön. För övrigt liknar den finska lagen den isländska praxisen: Åldersgränsen för juridisk bekräftelse är 18 år och alla former av behandling kräver någon typ av medicinsk utredning. För den juridiska bekräftelsen krävs även en psykisk diagnos.⁷⁰

Sedan 2013 har Sverige inte förutsatt sterilisering för juridisk bekräftelse av könstillhörighet. Regeringen tillsatte redan 2006 en utredning om könstillhörighet och gav som ett resultat av detta en proposition om ändring av villkoren i den svenska könstillhörighetslagen.⁷¹ Före den nya lagen trätt i kraft gav Kammarrätten i Stockholm en dom (1968-12) i vilken den ytterligare fastställde att de dåvarande lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall inte var förenlig med rätten till skydd för privat- och familjeliv eller diskrimineringsförbudet i EKMR. Fallet handlade om att Socialstyrelsen förnekade den sökande juridiskt fastställande av könstillhörighet trots att hen undergått bl.a. psykisk och hormonal behandling eftersom hen nekade sterilisering. Steriliseringskravet i den nämnda lagen ansågs även utgöra tvångssterilisering och var därmed oförenlig med regeringsformen (2:6) enligt vilken var och en är skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp.⁷²

Sedan 1.7.2013 förutsätter könstillhörighetslagen endast myndighet och egen upplevelse om att man tillhör ett annat kön (§1). I november 2017 informerade regeringen därutöver att personer som drabbats av det tidigare steriliseringskravet ska kunna ansöka om statlig ersättning på 225 000 kronor. Enligt det nya lagförslaget ska staten betala ersättning för de personer som steriliserades eller nekades könsbekräftande

⁶⁹ Jokela 2015, s. 105.

⁷⁰ Mänskliga rättigheter, demokrati och rättsstatens principer i Island 2015–2016, s. 15. <http://www.regeringen.se/498cd7/contentassets/ba5a8e5ef1d041898ac9cf397d6086ba/island---manskliga-rattigheter-demokrati-och-rattsstatens-principer-2015-2016.pdf>

⁷¹ SOU 2007:16, proposition 2011/12:142

⁷² Kammarrätten, mål nr. 1968-12, Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (härmed regeringsformen), 2:6.

behandling under perioden 1.7.1972-30.7.2013. Sverige har även tidigare betalat ersättningar för tvångssteriliserade grupper, bl.a. vissa enligt lagen mentalsjuka personer.⁷³

Danmark ändrade på sin translagstiftning redan år 2014. Enligt den nuvarande lagen bestäms det juridiska könet enligt personens egen anmälan efter en sexmånaders betänketid utan några villkor om sterilitet eller medicinsk utredning. Lagen förutsätter inte heller en psykiatrisk diagnos. Den nuvarande åldersgränsen för juridisk bekräftelse är 18 år och för tillfället diskuteras möjligheten att sänka gränsen t.o.m. under 18.⁷⁴

Norge har åtagit sig ”den danska modellen” men utvidgat lagen ännu mera. Den tidigare lagen förutsatte psykiatrisk diagnos, hormonbehandling och sterilitet.⁷⁵ Sedan 1.7.2016 baserar sig den norska lagen, lov om endring av juridisk kjønn, på en persons självbestämmanderätt. Lagen är föregångare i Europa i och med att den för det första innebär att hälsovården inte längre bestämmer över en persons kön och att en för det andra också kan tillämpas på barn: Enligt 4 § 1 mom. kan personer som fyllt 16 år själv ansöka om att få sitt kön bekräftat medan barn mellan 6 och 16 år enligt mom. 2 kan ansöka om ändring av juridisk kön med sin vårdnadshavare. Om t.ex. en av föräldrarna motsätter sig bekräftandet av juridisk könstillhörighet kan könet ändå ändras om detta är förenligt med barnets bästa. Med vårdnadshavarens tillstånd är det med vissa villkor även möjligt att korrigera det juridiska könet och eller bevilja behandlingar för barn under 6 år (4 § mom. 3).⁷⁶ I Finland förbjuder lagen inte medicinsk behandling för personer under 18 men åsikten om vårdremiss för minderåriga varierar stort bland sakkunniga inom branschen och för tillfället är det relativt sällsynt att ge ett vårdbeslut för en minderårig.⁷⁷ Även om de nordiska länderna fortfarande stöder varandra i de

⁷³ Lagen (1999:332) om ersättning till steriliserade i vissa fall, 1§. Regeringens pressmeddelande 9.11.2017, tillgänglig på webbplatsen <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/11/ersattning-till-transpersoner-som-drabbats-av-steriliseringskrav/>.

⁷⁴ Forslag L182 til Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister. Se t.ex. <http://modkraft.dk/artikel/ny-lov-lettere-adgang-til-juridisk-k-nsskifte>, http://www.ft.dk/ripdf/samling/20131/lovforslag/1182/20131_1182_som_vedtaget.pdf och <https://seta.fi/asiantuntijat-suomen-translaki-reilusti-jalkijunassa-muihin-pohjoismaihin-verrattuna/>.

⁷⁵ <https://www.amnesty.fi/asiantuntijat-suomen-translaki-reilusti-jalkijunassa-muihin-pohjoismaihin-verrattuna/>.

⁷⁶ LOV-2016-06-17-46, §4-8. Tillgänglig på webbplatsen https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2016-06-17-46?q=kjøn*. Se även <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-foreslar-a-gjore-det-enklere-a-endre-juridisk-kjonn/id2425069/>.

⁷⁷ Jämställdhetsombudsmannens utredning av könsminoriteters ställning 2012, s. 12. (Jokela 2015 s. 75)

internationella sammanhangen och ofta förhåller sig lika till olika globala frågor syns en tydlig sträcka från ytterst liberal till ytterst konservativ ståndpunkt i transfrågan.

3 Centrala bestämmelser för skyddet av transpersoner

3.1 Principen om självbestämmanderätt

Huvudproblematiken i en villkorlig könsbekräftandeprocess är förknippad med en persons självbestämmanderätt (en. personal autonomy eller self-determination) - hur stor kränkning kan tillåtas gentemot rättigheten och vilka konsekvenser en sådan kränkning har för en persons rätt att bestämma över sitt liv, sin kropp och sin identitet?⁷⁸ Vad innebär självbestämmanderätten egentligen och var (om någonstans) finns den juridiska grunden till den?

I relation till transfrågan kan självbestämmanderätten ses som en hyperonym eller grundrättighet för alla de övriga, relaterade mänskliga rättigheter. Både skyddet för privatliv samt förbudet mot tortyr och diskrimineringsförbudet kan på något sätt härledas från rätten till självbestämmande. Trots principens globalt välkända status är den inte som sådan fastställd i någon konvention. Den kan dock härledas från flera olika överenskommelser och framförallt från rättspraxis. Begreppet förstås ofta genom en människas integritet – en persons integritet får ej kränkas på grund av den självbestämmanderätt som personen har. Självbestämmanderätten har även karakteriserats som en förutsättning för effektiv och fullständig åtnjutande av andra mänskliga rättigheter.⁷⁹ Nedan kommer principens innehåll samt de primära källorna behandlas närmare. Slutligen kommer principens relevans för transpersoner och tillämpning i den förhandenvarande frågan att besvaras.

Det finns ingen konsensus om definitionen för självbestämmanderätten och även dess bredd har orsakat varierande tolkningar: en stark rättighet (stor bredd) skulle innebära att en person *alltid* innehar rätten att fatta beslut gällande sin egen person, medan en mer

⁷⁸ Vissa rättsteoretiker (se t.ex. Marshall 2009, s. 97) har ytterligare särskilt mellan självbestämmande, självförverkligande, integritet och personlig autonomi. För ändamålet av denna uppsats är detta dock inte nödvändigt och ett enda begrepp, dvs. självbestämmanderätt, kommer att användas genomgående.

⁷⁹ Marshall 2009, s. 4.

relativ tolkning skulle tillåta kränkningar till självbestämmanderätten för att tillfredsställa andra betydelsefulla värden. Utöver den juridiska aspekten och den konceptuella diskussionen har diskussionen en stark etisk dimension – detta exemplifieras väl med den pågående transdiskussionen så väl som t.ex. den jämnt förekommande diskussionen om eutanasi.⁸⁰

Principen om självbestämmanderätt är ett rätt så ofta använt begrepp som i allmänhet syftar till en människas frihet att välja mellan eller bestämma över frågor som berör hens person. En individ kan anses ”självbestämmande” då hen i tillräckligt hög grad är kapabel eller behörig att göra autentiska val och därmed utöva viss grad av makt över eller i relation till andra för att verkställa sitt val.⁸¹ Dessa val behöver inte nödvändigtvis vara konventionella – även konstiga val eller val som inte direkt är förenliga med t.ex. Europakonventionen kan godkännas som autentiska.⁸² Ett exempel på en situation där personen är självbestämmande är t.ex. en patient som är inlagd på sjukhus och som gör ett val mellan två olika behandlingsalternativ och ber läkaren därefter att verkställa behandlingen. Patienten gör alltså ett autentiskt val på basis av den givna informationen och får en annan person att verkställa sitt val.⁸³

Antalet rättskällor varierar på basis av vilken annan rättighet man granskar principen i relation till. Självbestämmanderätten diskuteras överlag i sammanhang med bl.a. sexuella minoriteters rättigheter, funktionsnedsatta personers rättigheter så väl som patienträtt och reproduktiva rättigheter. En person kan t.ex. anses ha självbestämmanderätt beträffande sin kropp och sin fysiska integritet (t.ex. rätt att tatuera sig eller neka medicinering), sin psykiska integritet (t.ex. rätt att bilda sina egna åsikter, rätt att välja sin religion) eller sin sociala integritet (t.ex. rätt att välja sin sysselsättning eller bostadsort).⁸⁴

⁸⁰ Pietarinen 1994, s. 7.

⁸¹ Pietarinen 1994, s. 16. Se även KAA 2/2017 och Eutanasia ja itsemääräämisoikeus av Louhiala och Hänninen, ledare i Duodecim 17/2006.

⁸² Marshall 2009, s. 59.

⁸³ Pietarinen 1994, s. 16.

⁸⁴ ESK-konventionens förord, Yogyakartaprinciperna art. 3, den allmänna förklaringen art. 1-5, 12 och 22.

I den finska lagstiftningen fastställs självbestämmanderätten i en mängd olika speciallagar.⁸⁵ Även om det inte nämns uttryckligen kan principen även anses vara inkluderat i grundlagsbestämmelserna om rätten till liv, personlig frihet och integritet samt skyddet till privatliv.⁸⁶ I några internationella källor syns principen bl.a. på följande sätt: ESK-konventionen erkänner sina rättigheter utgående från *det inneboende värdet hos varje människa* (en. inherent dignity of the human person), Yogyakartaprinциperna utgår från att könsidentitet och sexuell läggning är väsentliga delar av en människas person och ska berättigas *på grund av* rätten till självbestämmande och enligt den allmänna förklaringen är alla människor födda fria och lika i värde och rättigheter samt har rätt till liv, frihet, personlig säkerhet och skydd gentemot tortyr. Den allmänna förklaringen tryggar även rätt till social trygghet och rättigheter som krävs för hävdandet av hans eller hennes människovärde och utvecklingen av hans eller hennes personlighet. Även om den allmänna förklaringen förstås primärt som soft law har den starkt påverkat formuleringen av t.ex. EKMR och kan därmed ges viss rättslig tyngd.⁸⁷ Även andra internationella organ inklusive FN:s högkommissarie, FN kommittén om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRDP), UN Women och WHO har tagit ställning mot tvångssteriliseringar ur detta perspektiv.⁸⁸

På den europeiska nivån nämner bl.a. den europeiska grundrättighetsstadgan uttryckligen begreppet ”integritet”: Enligt artikel 3 har var och en för det första rätt till fysisk och mental integritet. För det andra ska man inom medicin och biologi i

⁸⁵ Se t.ex. diskrimineringslagen 1325/2014, lagen angående specialomsorger om utvecklingsstörda 952/1980 som syftar att förstärka utvecklingsstörda personers rätt till självbestämmanderätt och rätt att till fullo delta i samhället (§1 och Social- och hälsovårdsministeriets pressmeddelande 68/2016, daterat 19.5.2016 på webbplatsen http://stm.fi/artikkeli/-/asset_publisher/erityishuollossa-olevien-itsemaaraamisoikeus-vahvistuu), lagen om patientens ställning och rättigheter 785/1992 kap. 1 § 6 (patientens självbestämmanderätt), lagen om klientens ställning och rättigheter inom socialvården kap. 2 § 8 (självbestämmande och deltagande).

⁸⁶ Grundlagen 731/1999, kap. 2 § 7 och 10 (jämlighet inför lag, rätt till liv, personlig frihet och integritet). Se även <http://seta.fi/yhdenvertainen-vanhuus/lait-ja-yhdenvertaisuus/>.

⁸⁷ ESK-konventionens förord, Yogyakartaprinциperna art. 3, den allmänna förklaringen art. 1-5, 12 och 22.

⁸⁸ År 2012 uppmanade CRPD Ungern att försäkra sig om att hälsovårdstjänster, bl.a. alla tjänster angående psykisk hälsa, baserar sig på det fria och medvetna samtycket av personen i fråga. CRPD rekommendation till Ungern 22.10.2012, CRPD/C/HUN/CO/1 punkt 28. Se även utlåtandet Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO från 2014. Tillgänglig på webbplatsen http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112848/9789241507325_eng.pdf;jsessionid=389A309F6955E985C8DC7100E1E52051?sequence=1.

synnerhet respektera följande aspekter: a) den berörda personens fria och informerade samtycke, på de villkor som föreskrivs i lag, b) förbud mot rashygieniska metoder, i synnerhet sådana som syftar till urval av människor, c) förbud mot att låta människokroppen och dess delar i sig utgöra en källa till ekonomisk vinning och d) förbud mot reproduktiv kloning av människor.⁸⁹ Speciellt punkterna a) och b) är av betydelse för transfrågan i Finland i och med att existensen av ett genuint samtycke i en steriliseringssituation kan ifrågasättas och att den rashygieniska tankens inverkan på själva translagens ursprung inte kan nekas.⁹⁰

Även EKMR kan anses fastställa självbestämmanderätten och personlighet i och med att hela konventionen utgår från att främja, upprätthålla och skydda mänsklig värdighet och frihet. Relevanta artiklar är bl.a. artiklarna 2 (rätten till liv), 3 (fysisk och psykisk integritet gentemot kränkande ingrepp), 5 (rätt till frihet), 9 (religionsfrihet) och 10 (yttrande- och åsiktsfrihet). Den rättsliga grunden för självbestämmanderätten, rätten till identitet och integritet härleds dock starkast från artikel 8, rätten till skydd för respekt för privatliv (se närmare kapitel 3.3.2). Skyddet sträcker sig numera utöver det traditionella privatlivet, dvs. hemmet, familjelivet och det som i vardagsspråk anses ”privatliv” och kan anses innebära även skydd gentemot oönskade ingrepp på ens psykiska och fysiska egenskaper (t.ex. våldtäkt och utnyttjande i internering) och rätt att utveckla ens personlighet som en del av självbestämmanderätten.⁹¹

Principen har tydligt bekräftats i europeisk praxis även om konventionen inte uttryckligen nämner principen.⁹² Angående artikel 8 ansåg domstolen i *Tysiac v. Poland* (*Tysiac*) år 2007 att ”privatliv” är ett brett begrepp som omfattar aspekter av individens fysiska och sociala identitet, inklusive självbestämmanderätt.⁹³ År 2012 fastställdes existensen av en individs ”inalienable right to self-determination”, inklusive rätten att vägra inläggning på sjukhus eller medicinsk behandling.⁹⁴ Även om de ovannämnda fallen handlade om reproduktiva rättigheter respektive tvångsvård av mentalsjuka kan domstolens resonemang tillämpas analogt i fall gällande transpersoners rättigheter i och med att det i varje fall handlar om en person vars rätt att själv råda över sin kropp och

⁸⁹ Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2000/C 364/01), 18.12.2000.

⁹⁰ Jämför Kammarrättens resonemang om ”samtycke”, mål nr. 2012-1968 s. 3/9.

⁹¹ EKMR art. 1-14. Se även Marshall 2009, s. 3-4 och 49.

⁹² Marshall 2009, s. 49.

⁹³ ”The right to personal autonomy”, *Tysiac* p. 107.

⁹⁴ *Pléso v. Hungary* (*Pléso*), p. 66.

person åsidosätts. Detta fastställdes uttryckligen år 2017 då domstolen resonerade att ”personal autonomy” är grunden till tolkningen av artikel 8, vilket i fråga om transpersoner även innebär en sådan självbestämmanderätt (”self-determination”) som garanterar friheten att själv definiera sin könsidentitet och rätten till fysiskt och moralisk trygghet.⁹⁵

Det finns dock vissa utmaningar för självbestämmanderätten, bl.a. avvikelseklausulen i EKMR art. 8.2, enligt vilken rättigheten kan kringgåås ifall avvikelserna baserar sig på lag, kan motiveras med en försvarlig grund och är nödvändig för och proportionerlig i förhållande till de allmänna behoven i ett demokratiskt samhälle. Även andra tolkningsprinciper i EKMR, exempelvis principen om autonoma begrepp, proportionalitetsprincipen och tolkningsmarginalsdoktrinen kan anses problematiska för förverkligandet av självbestämmanderätten.⁹⁶

Självbestämmanderätten kan förstås både som en negativ och en positiv rättighet: Enligt den negativa friheten som rättigheten skapar är en person självbestämmande och fri då hen lämnas ifred (från statliga ingrepp), medan den positiva friheten innebär att personen har rätt att kräva att staten och samhället är skyldiga att medverka till en persons utveckling och förverkligandet av rättigheterna.⁹⁷ Transpersoner är i särskilt behov av positiv frihet, inte minst i relation till den juridiska bekräftelsen av ens kön.

Även om principen om självbestämmanderätt sedan länge haft en ledande status inom social- och hälsovården har det numera även diskuterats omfattande i samband med sexuell läggning och könsidentitet som delar av privatlivet.⁹⁸ Diskriminering på basis av kön eller t.ex. homosexualitet (för att inte nämna kriminalisering av det sistnämnda) har redan relativt länge ansetts kränka en människas person och privatliv.⁹⁹ Båda temen har egentligen samma konsistens som transfrågan – kön, identitet och integritetsskydd. Det är därmed möjligt att analogt diskutera även steriliseringskravet med hjälp av de

⁹⁵ AP p. 93 och 121-132. Se även <https://strasbourgobservers.com/2017/05/05/a-p-garcon-and-nicot-v-france-the-court-draws-a-line-for-trans-rights/>, besöktes 4.5.2018.

⁹⁶ EKMR art. 8, Marshall 2009, s. 3-5.

⁹⁷ Marshall 2009, s. 16-18.

⁹⁸ <http://www.valvira.fi/terveydenhuolto/potilaan-asema-ja-oikeudet-oikeudet/potilaan-itsemaaraamisoikeus> besöktes 03.02.2018. I detta sammanhang innebär självbestämmanderätten en patients rätt att delta i beslutsfattandet av ärenden som beror henne själv.

⁹⁹ Marshall 2009, s. 104-5, ILGA Sexual orientation map 2017, tillgänglig på webbplatsen https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Criminalisation_2017.pdf. Se kap. 3.3.3.

slutsatser som dragits i de två förstnämnda diskussionerna. Som t.ex. homosexuella personer eller kvinnor i starkt religiösa länder nekas möjligheten till att leva enligt sin identitet (bl.a. genom hot om bestraffning eller förföljelse) är det på grund av steriliseringskravet eller andra statliga hinder inte möjligt för en transperson att till fullo leva i enlighet med sin identitet utan att någon annan rättighet blir kränkt. Med steriliseringskravet tvingas personen välja mellan sin könsidentitet eller sin reproduktiva autonomi – något som också är en central del av den mänskliga värdigheten och ett av de få väldigt primitiva (och privata) intressen i en persons liv.¹⁰⁰

Även om självbestämmanderätten först i *Goodwin* år 2002 realiserades till rätten till nytt identitetsbevis hade domstolen redan mycket tidigare fastställt bl.a. att mänsklig värdighet medför att en person själv ska få välja hur hen uttrycker och utvecklar sin person och att det rättsliga statuset av en transperson är en fråga som tillfaller skyddssfäret av privatliv: "everyone's right to live one's life as one chooses without interference, and everyone's right to act and be treated according to the identity that corresponds best to one's innermost feelings, provided that [...] one does not interfere with public interests or the interests of others".¹⁰¹ På basis av det ovannämnda verkar det klart att Europadomstolen tagit till sig principen om självbestämmanderätt i en omfattning som inte kan förbises. Även om vissa tolkningstekniska utmaningar och avvikelseklausuler finns måste principen ses som en av utgångspunkterna i europeisk människorättspraxis varav avvikelser i alla fall alltid måste motiveras väl. Det är klart att en människas könsidentitet omfattas av självbestämmanderätten och att steriliseringskravet utgör en kränkning till den kroppsliga autonomin. Vad som således måste granskas är huruvida den finska staten motiverat denna kränkning väl. I och med att den mest centrala rättsliga grunden till självbestämmanderätten är artikel 8 kommer frågan om motiverad avvikelse diskuteras närmare nedan i kapitel 3.3.

¹⁰⁰ Marshall 2009, s. 186 hänvisar till Dworkin 1994, s. 200-2.

¹⁰¹ *Sheffield and Horsham v. UK (Sheffield)*, dissenting opinion of Judge van Dijk p. 2 (citat), *Cossey*, Dissenting opinion of Judge Martens p. 2.6.3.

3.2 Förbudet mot tortyr (artikel 3)

3.2.1 Artikelns karaktär och bedömning av situation

”Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.”¹⁰²

Artikel 3 i EKMR är vid sidan av rätten till liv (EKMR artikel 2) den eventuellt mest fundamentala mänskliga rättigheten och utgör en absolut förpliktelse för staten: inga avvikelser tillåts, inte ens vid krigstid, allmän nödsituation eller för att främja nationell säkerhet. Vad som senare framförs om bl.a. proportionalitetsbedömning, intresseavvägning eller avvikelseklausuler gäller inte artikel 3.¹⁰³ Konventionen förbinder sina medlemsstater men i.o.m. sin *jus cogens* - karaktär kan artikeln anses bindande för alla stater globalt, oberoende diverse medlemsstatus.¹⁰⁴ Domstolen har i otaliga fall bekräftat artikelns absoluta status och bestämmelsens absoluta karaktär oavsett till exempel offrets eget beteende eller avsiktligheten i agerandet. Den absoluta karaktären innebär även att den sk. MoA-doktrinen (se nedan kapitel 4.3) inte kan tillämpas.¹⁰⁵

Under de senaste åren har Europadomstolen funnit ett växande antal brott mot artikeln, många i relation till varierande typer av fångenskap och asylfrågor (*non-refoulement*). Det växande antalet kan även dels förklaras med vad som kallas ”administrativ praxis” – en olaglig kutym som upprepas gång på gång och tolereras av ledningsnivån.¹⁰⁶ Förbudet i artikel 3 utgör således primärt en negativ skyldighet för staten (att avstå från att åsamka allvarlig skada på personer inom sin jurisdiktion) men även en positiv skyldighet – i *A. v. UK (A)* fastställde domstolen att ”Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected

¹⁰² EKMR, art.3. Motsvarande bestämmelse finns även i art. 4 i Grundrättighetsstadgan.

¹⁰³ Piha 2018, s. 84.

¹⁰⁴ Se t.ex. *Prosecutor v. Furundzija* (IT-95-17/1-T), judgement 10.12.1998, p. 144 och 153-157 i den internationella krigsförbrytartribunalen för den forna Jugoslavien (international criminal tribunal for the former Yugoslavia, härmed ICTY) om artikelns status som *jus cogens*.

¹⁰⁵ *Chahal v. UK* punkt 80 och *Saadi v. Italy* punkt 127, EKMR art 3 och 15.2. Se även White&Ovey 2010, s. 167 och 172 och Pellonpää 2012, s. 344, van Dijk 2006, s.440-441.

¹⁰⁶ *Ireland v. UK* p. 159. Se även White&Ovey 2010, s. 168-169, 187-192 och van Dijk 2006 kap. 7.

to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals”.¹⁰⁷

Även om mängden funna brott har ökat är tröskeln för dess tillämplighet relativt hög. För att utgöra tortyr eller förnedrande behandling eller bestraffning måste åtgärderna eller underlåtenheten överstiga en tillräckligt allvarlig nivå (miniminivån, en. ”a minimum level of severity”) och därmed innebära faktiska fysiska skador alternativt intensivt fysiskt eller psykiskt lidande.¹⁰⁸ Domstolen har bl.a. framhållit skillnaden mellan ”normal” förnedring (något som rimligen kan förväntas t.ex. av att bli dömd i domstol) och förnedring i enlighet med artikel 3 (t.ex. att domen verkställs på ett förnedrande sätt).¹⁰⁹

Den höga tröskeln ska säkerställa att inga obetydliga besvär förs till domstol. Det bör dock noteras att eftersom EKMR ska tolkas som ett levande instrument (se nedan kapitel 4.1) kan vissa åtgärder som förr understigit allvarighetströskeln numera utgöra förnedrande behandling så väl som åtgärder som förr klassificerats som förnedrande behandling kan numera utgöra tortyr.¹¹⁰

Trots att en åtgärd ska överstiga den så kallade miniminivån bör det dock påpekas att allvarligheten av en åtgärd är relativ. I bl.a. fallet *Jalloh* bekräftade domstolen att den förnedrande behandlingen eller bestraffningen måste uppnå en tillräckligt allvarlig nivå för att omfattas av artikel 3. Därtill konstaterade domstolen dock bokstavligen att bedömningen för denna miniminivå är relativ och beror därmed på de faktiska omständigheterna. Bedömningen och tolkningen ska således göras in casu och med hänsyn taget till faktorer så som behandlingens varaktighet, dess fysiska och mentala inverkan samt offrets kön, ålder och hälsotillstånd.¹¹¹

Därtill har det hävdats att Europadomstolens Grand Chamber i och med in casu - elementet även borde beakta faktorer så som maktmissbruk, myndighetens fullständiga kontroll över personen och den därmed särskilt sårbara positionen i tolkningen av

¹⁰⁷ *Pretty v. UK* p. 50 och *A* p. 22.

¹⁰⁸ *Ireland v. UK* p. 167. Se även White&Ovey 2010, s. 168.

¹⁰⁹ *Tyrer*, p. 30.

¹¹⁰ *Selmouni v. France*, p. 101, White&Ovey 2010, s. 168.

¹¹¹ *Jalloh v. Germany*, punkt 67, *A, B and C v. Ireland* p. 164.

miniminivån.¹¹² Dessa faktorer (maktmissbruk, kontroll och den särskilt sårbara positionen) hänförde sig ursprungligen till ett fall som handlade om polisens våldsanvändning gentemot personer i häktning. Sammansättningen kunde dock även granskas i förhållande till den situation transpersoner i Finland utsätts för: polisen kunde ersättas med vilken som helst myndighet, statlig psykiater, magistraten, social- och hälsovårdsministeriet etc., som dessutom utövar effektiv kontroll över transpersonens angelägenheter och framtid. En person, i väntan på att bli godkänd till könsbekräftandeprocessen för att slutligen få den juridiska bekräftelsen för sitt kön, som måste genomgå en mängd fysiska och psykiska test, ”svara rätt” till ett stort antal frågor och slutligen ”samtycka” (genuint eller inte) till ett fysiskt intrång kan tänkas bli utsatt för en mycket sårbar position. Alla de ovannämnda elementen finns därmed även i frågan om den nuvarande translagens verkställande. Det ursprungliga fallet är från 2016 och redogör därmed relativt noggrant nyansen av diskussionen som för tillfället förs i Europadomstolen kring artikel 3.

Förutom det ovannämnda har domstolen konstaterat att även behandlingens syfte kan beaktas som en av faktorerna som inverkar på bedömningen: ifall syftet har varit att förödmjuka eller förnedra personen i fråga kan detta beaktas som bevis för artikelns tillämplighet. Detta ska dock inte tolkas *e contrario* - avsaknaden av avsiktlighet i denna bemärkelse betyder inte att ett brott mot artikel 3 inte kunde finnas.¹¹³ Bevismaterialet bedöms i enlighet med tröskeln ”bortom rimligt tvivel”: tröskeln kan dock nås med samexistensen av tillräckligt starka, tydliga och överensstämmande slutsatser eller antaganden.¹¹⁴ Även samtycket har ansetts vara ett relevant element i tillämpningen av artikel 3: det finns ingen konsensus över huruvida avsaknaden av samtycke till en viss behandling utgör en *nödvändig* faktor för att ett brott mot artikel 3 kan fastställas.¹¹⁵

Hurudan behandling som överstiger tröskeln för tillräckligt allvarlig nivå har inte definierats tydligt någonstans. Rättspraxis har dock visat att åtgärder som utgör tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling har varit av mycket varierande slag. Det

¹¹² *Boyd v. Belgium*, Third party intervention – Human rights Centre of Ghent University, s. 1, tillgänglig på webbplatsen <http://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/09/Bouyid.pdf>.

¹¹³ *Price v. UK* punkt 24, *Mouisel v. France* punkt 37.

¹¹⁴ *Jalloh v. Germany*, punkt 67, *A, B and C v. Ireland* p. 164.

¹¹⁵ Schabas 2015, s. 418. Avsaknaden av samtycke kan enligt vissa medföra att handlingen inte kan anses straffbar överhuvudtaget, medan andra hävdar att vissa åtgärder kan göra en person till ett offer oberoende ett tidigare samtycke.

som kännetecknar bedömningsprocessen är förutom miniminivåns relativitet att händelserna mycket starkt bör bedömas i relation till de faktiska omständigheterna, den tid inom vilken händelserna inträffat (de under tidpunkten rådande allmänna synpunkterna) samt det förhandenvarande samhällets särdrag. Europadomstolen har t.ex. konstaterat att ”mängden” acceptabelt våld varierar mellan olika samhällen. Gärningens allvarlighet är alltså mycket tidsbundet och ska bedömas in casu.¹¹⁶

3.2.2 Definitionen av tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling

Artikeln särskiljer mellan *tortyr*, *omänsklig* behandling och *förnedrande* behandling. Skillnaden mellan dessa härleds allmänt från intensiteten av det lidande som orsakas: omänsklig behandling ska åtminstone anses omfatta sådan behandling som avsiktligt förorsakar psykiskt eller fysiskt lidande, tortyr karaktäriseras ofta som en mer allvarlig form av omänsklig behandling medan förnedrande behandling är behandling som grovt förnedrar en person framför andra eller får henne att agera mot sin vilja.¹¹⁷ Domstolen har inte alltid tagit ställning till vilken typ av behandling det är frågan om då de funnit ett brott mot artikel 3.¹¹⁸ Detta kapitel kommer endast att behandla tortyr samt omänsklig eller förnedrande *behandling*, medan tortyr m.fl. som *bestraffning* kommer att lämnas utanför syftet av denna avhandling.

Som redan konstaterats karaktäriseras tortyr i allmänhet som den mest allvarliga typen av behandling. Ett exempel på tydlig tortyr är den så kallade ”palestinian hanging”.¹¹⁹ Förutom allvarlighetselementet har Europadomstolen tillägnat sig synen om en ”purposive element” som en karaktäriserande del av tortyr. Behandlingen kan t.ex. utgöras för ett syfte (t.ex. att erhålla information av eller bestraffa någon). Därmed blir mängden orsakad smärta eller lidande inte lika avgörande som gärningsmannens avsikt och offrets maktlöshet.¹²⁰ Europadomstolen har haft en hög (eventuellt *för* hög) tröskel

¹¹⁶ Jämför t.ex. *Kudla, Selcuk and Asker* och *Price*. Se även Van Dijk 2006, s. 412-413.

¹¹⁷ Van Dijk 2006, s. 406, Schabas 2015, s. 174.

¹¹⁸ Se t.ex. *A* p. 23-24 (23.9.1998) och *Alver v. Estonia*, p. 56-57.

¹¹⁹ *Aksoy v. Turkey* p. 64.

¹²⁰ ”Purposive element” har även bekräftats av CAT och FN. Report of the special rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, UN Doc. E/CN.4/2006/6. P. 39, den allmänna förklaringen, 1 §, *Ilhan v. Turkey* p. 85.

för tortyr och fall där behandling eller bestraffning skulle utgöra uttryckligen tortyr är relativt sällsynta, även om brott mot artikel 3 i sig inte är sällsynta.¹²¹

All tortyr utgör också omänsklig behandling. Som omänsklig behandling i sig själv har domstolen fastställt behandling som orsakar fysiska skador eller kraftigt fysiskt eller psykiskt lidande. I bl.a. *Kudla* (som handlade om att fängelset i fråga avstod från att erbjuda adekvat psykiatrisk vård till en person i fångenskap) konstaterade domstolen att behandlingen kunde fastställas som omänsklig även på grund av att den var avsiktlig och fortsatte en lång tid.¹²² I *Price*, som handlade om en funktionsnedsatt person i fångenskap som använde rullstol och som på grund av detta inte hade erbjudits möjlighet till ordentliga toalettbesök eller tillgång till en säng att sova i, ansåg domstolen att omständigheterna för den klagande i sin helhet utgjorde omänsklig behandling.¹²³

I *Selcuk and Asker* tvingades ett äldre par som levte i en liten by hela sitt liv att se hur nationella säkerhetsstyrkor brände ner deras hus. Parets hem och merparten av deras egendom blev förstört så att de miste sin försörjning och var tvungna att lämna byn. I och med att gärningen var uppsåtlig, föraktfull och hade genomförts utan att respektera parets känslor ansåg domstolen att paret förorsakats tillräckligt allvarlig (psykisk) lidande för att överskrida miniminivån för omänsklig behandling.¹²⁴

Behandling kan även anses bryta mot artikel 3 eftersom det både är omänskligt och förnedrande. I *Mubilanzila* ansågs behandlingen omänsklig och förnedrande eftersom det orsakade ”deep distress and anxiety”.¹²⁵ Fallet är speciellt intressant eftersom det fastställer att objektet (personen) för vilket detta orsakades inte var själva offret utan en närstående. Artikelns tillämpningsområde omfattar således även andra än själva offret.

I vissa fall har domstolen även ansett att förnedrande behandling kan ha uppstått av det lidande som orsakats av myndigheternas oprofessionella, nedvärderande eller okänsliga attityd eller reaktioner. Fallen har dock varit anknutna till mycket grov våld (t.ex. lönnmord eller olaglig avrättning av familjemedlem) men attityden, som t.ex. skapat

¹²¹ Schabas, 2015, s. 177.

¹²² *Kudla* p. 92.

¹²³ *Price* p. 30.

¹²⁴ *Selcuk and Asker v. Turkey* p. 77-79.

¹²⁵ *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* p. 62.

rädsla, osäkerhet eller grov sorg hos familjemedlemmar har även ansetts som ett separat brott mot artikel 3.¹²⁶ En sådan situation kunde åtminstone teoretiskt sett anses möjlig även för transpersoner – själva lagen skulle i ett sådant fall inte vara problemet men eventuellt dess tolkning och tillämpning i myndigheterna *ifall* detta gjordes synnerligen okänsligt, osakligt eller på ett nedvärderande sätt.

Förnedrande behandling kan ses som den lindrigaste formen av behandling enligt artikel 3 och fastställs ofta då behandlingen orsakats av de allmänna omständigheterna.¹²⁷ Exempelvis har vissa former av rasdiskriminering (oberoende av diskrimineringsförbudet i artikel 14) i vissa omständigheter ansetts som förnedrande behandling då det tydligt är förnedrande och kränker mänsklig värdighet.¹²⁸ Behandling har enligt Europadomstolen också varit förnedrande ifall det orsakat rädsla, ångest och mindervärdighet i en sådan utsträckning som utgör förödmjukelse och förnedring (en. humiliating and debasing) utöver den omfattning än vad som är oundvikligt i relation till en legitim behandling.¹²⁹ Grov förnedring eller uppsåt har inte längre ansetts nödvändiga för att fastställa att behandlingen varit förnedrande i det bemärkelse som avses i artikel 3, dock kan uppsåt (att avsiktligt förnedra eller förödmjuka personen) ses som en försvårande faktor.¹³⁰ Det finns dock inga strikta skillnader mellan tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling – inte heller har den någon särskild betydelse för utfallet av domen i och med att alla sådana handlingar oberoende utgör ett brott mot artikel 3.¹³¹

Förbudet mot tortyr har i rättspraxis även fått en nämnvärd relation till skyddet för privatlivet, dvs. artikel 8. I flera fall har domstolen konstaterat att ett brott mot artikel 3 inte kan fastställas men att behandlingen (eller bestraffningen) i fråga utgör brott mot artikel 8 i stället. Till exempel i *Wainwright* utsattes båda sökandena för invasiv ”strip-

¹²⁶ Se t.ex. *Janowiec and others v. Russia* p. 186 och *Gongadze v. Ukraine* p. 182-186.

¹²⁷ Pellonpää 2007, s. 288 och 290. Med de allmänna omständigheterna avses t.ex. fängelseförhållandena i ett land i allmänhet.

¹²⁸ *Cyprus v. Turkey* p. 305-311, *East African Asians v. UK*, Commission report of 14.12.1973, p. 208. Se även Pellonpää 2007, s. 291. Mänsklig värdighet är en central grundprincip som rättfärdigar de övriga grundrättigheterna. Med mänsklig värdighet har man i allmänhet även menat försäkrandet av självbestämmanderätten. Jokela 2015, s. 82, GL 1 § 2 mom.

¹²⁹ *Kudla* p. 92, *Tyrer* p. 30.

¹³⁰ Uppsåt i detta fall ska dock inte tolkas e contrario. *Price* p. 24-30, *Kalashnikov* p. 95. Se även *Poltoratskiy v. Poland* p. 131 eller *Peers v. Greece* p. 74-75.

¹³¹ Schabas 2015, s. 169.

search” då de besökte en familjemedlem i fängelse, vilket resulterade i PTSD och symptom av PTSD (posttraumatiskt stressyndrom). Domstolen konstaterade följande:

The treatment undoubtedly caused the applicants distress but does not, in the Court’s view, reach the minimum level of severity prohibited by Article 3. Rather the Court finds that this [...] falls within the scope of Article 8 of the Convention and [...] requires due justification under the second paragraph of Article 8 [...] As regards the criteria of “in accordance with the law” and “legitimate aim”, the Court is not persuaded by the applicants that these were not complied with.¹³²

I *Tysiac*, där den sökande nekats tillgång till abort och därmed fått fysiska defekter pga. graviditeten (bl.a försämring av sin syn) konstaterade domstolen att den inte skulle bedöma ärendet i relation till artikel 3 eftersom den ansåg att artikel 8 var mer passande i det förhandenvarande fallet.¹³³

3.2.3 Relation till translagstiftningen

Som ovan nämnts råder ingen tvetydighet om att artikeln även omfattar psykiskt lidande, t.o.m. vid fråga om tortyr. Ifall lidandet exempelvis skulle leda till akuta psykiska störningar kan även transrelaterade situationer omfattas av artikelns tillämpningsområde.¹³⁴ Detta exemplifieras nedan.

Både THL och ordalydelsen i regeringspropositionen bakom translagen likställer transsexualism tydligt med *mentalsjukdomar* (”någon annan mental störning”).¹³⁵ Sjukdomsklassificeringen har kritiserats bl.a. för att den anses bidra till upprätthållandet av en abnormalitetsstigma hos transpersoner.¹³⁶ Det är även värt att nämna att vårdmekanismen således förblir kontroversiell – transpersoner behandlas genom att korrigera anatomin och den hormonala funktionen, inte genom konventionella behandlingar för psykiska sjukdomar.¹³⁷ Könsinkongruens och könsdysfori är tunga upplevelser som kan åstadkomma behovet av (mental) vård men detta betyder inte automatiskt att själva orsaken, dvs. att en person är transkönad, skulle vara något som borde ”botas”.¹³⁸ Enligt vissa forskningsresultat orsakas mentala

¹³² *Wainwright v UK* p. 11-20 och 46-47. Se även Marshall s. 174.

¹³³ *Tysiac* p. 66.

¹³⁴ Van Dijk 2006, s. 416-417.

¹³⁵ RP 56/2001, s. 15.

¹³⁶ Se t.ex. *AP* p. 138.

¹³⁷ Jokela 2015, s. 66.

¹³⁸ Jokela 2015, s. 66.

problem hos transpersoner uttryckligen av det våld och den diskriminering som många transpersoner är tvungna att möta.¹³⁹

Den rådande politiska diskussionen kring translagen i Finland och det faktum att Finland medvetet och konsekvent ignorerat den kritik som translagen (globalt) fått av en mängd olika stater och internationella organ kan lätt förorsaka ångest och en känsla av att ens könsidentitet och en själv inte passar in eller att man t.o.m. inte existerar. Med hänsyn taget till allt detta, själva lagen och dess verkställande samt eventuell könsdysfori är det inte totalt ogrundat att resonera huruvida omständigheterna granskade in casu och som en helhet kunde utgöra förnedrande behandling.

Det är värt att nämna att även en av sökandena i fallet *AP* från 2017 åberopade brott mot skyddet för privatlivet i relation till förbudet mot tortyr. Domstolen konstaterade följande: "Making the recognition of transgender persons' gender identity conditional on sterilisation surgery or treatment – or surgery or treatment very likely to result in sterilisation – which they do not wish to undergo therefore amounts to making the full exercise of their right to respect for their physical integrity as protected by that provision [art. 8] and also by Article 3 of the Convention". Därtill nämnde tredje parter i fallet (bl.a. ILGA och Amnesty international) att tvångssteriliseringen och andra påtvingade medicinska behandlingar kränker drastiskt en persons fysiska integritet så väl som hens reproduktiva rättigheter och är därmed oförenliga med artikel 3. Domstolen bestämde dock att bedöma situationen endast ur privatlivets perspektiv (artikel 8).¹⁴⁰

Som *Mubilanzila, Price, Selcuk* m.fl. exemplifierar är artikel 3 och dess tillämpningsområde mycket omfattande och bred. Omänsklig eller förnedrande behandling kan utgöras av närapå vad som helst – avsiktligheten av en handling är inte nödvändighet och de specifika omständigheterna har en mycket avgörande roll.¹⁴¹ På basis av detta kan det i alla fall inte anses totalt omöjligt att en människas psykiska lidande och ångest orsakad av den nuvarande samhällssituationen, den nuvarande

¹³⁹ Robles 2016, s. 850 – 859, se även Sami Mollgrens artikel publicerat 9.8.2016 på webbplatsen <http://ranneliike.net/teema/transsukupuolisuus-poistumassa-whon-tautiluokituksesta?aid=12525>.

¹⁴⁰ *AP* p. 115, 127, 131 och 149.

¹⁴¹ Se t.ex. *Jalloh* p. 68 och *Tyrer* p. 29.

translagen eller påtvingad sterilisering skulle vara så allvarlig att det i de specifika omständigheterna, t.ex. då personen alltid velat ha en familj, skulle utgöra omänsklig behandling.

För tillfället finns dock stark rättspraxis för att transpersonernas upplevelser t.ex. i förhållande till olika medicinska krav inte överstiger miniminivån. Domstolen har nog bekräftat att den ångest och som orsakas av t.ex. motstridigheten mellan ens utseende, identitet och identitetsbevis är besvärande men ändå inte tillräckligt allvarlig.¹⁴² I *Smith and Grady* (1999) hävdade sökandena att nekande av jobb i den brittiska armén pga. sexuell läggning utgjorde förnedrande behandling i enlighet med artikel 3 i EKMR. Domstolen ansåg inte att behandlingen översteg miniminivån även om armens kutym att exkludera personer av viss sexuell läggning, undersöka eller avskeda sådana personer otvivelaktigt var upprörande och förödmjukande. Domstolen förnekade dock inte möjligheten till att "treatment grounded upon a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority" skulle kunna omfattas av artikel 3.¹⁴³ Även om den centrala nämnaren i fallet var sexuell läggning (och inte könsidentitet) präglades utgången av domen av skillnaden i en människas person och privatliv. Fallet går alltså att granska även från transperspektivet.

I *L v. Lithuania* från 2008 var det uttryckligen frågan om en transperson som hävdade att det kontinuerliga nekandet av tillgång till könsbekräftande operation "left him with a permanent feeling of personal inadequacy and an inability to accept his body, leading to great anguish and frustration".¹⁴⁴ Nekandet av juridisk bekräftande av kön hade därtill orsakat daglig och konstant ångest, rädsla, skam och förnedring och pga. den allmänna oacceptansen upplevde han även fientlighet och hånande. Detta hade lett till att personen i fråga varit tvungen att leva ett "dolt" liv vilket ytterligare lett till bestående depression och självdestruktiva tankar. Domstolen ansåg dock inte att den nöd och den frustrering som orsakats var tillräckligt intensiv för att uppnå miniminivån i artikel 3, även om den observerade den sökandes svåra situation. Situationen behandlades slutligen under artikel 8 (brott fastställdes).¹⁴⁵

¹⁴² *B v. France*, p. 84-87 från år 1990. Se även van Dijk 2006, s. 415.

¹⁴³ *Smith and Grady* p. 121-122.

¹⁴⁴ *L. v. Lithuania*, p. 38.

¹⁴⁵ *L. v. Lithuania*, p. 38-48.

I förberedelserna till den nuvarande translagen har regeringen resonerat att även om diagnosen på transsexualism skulle innefatta en önskan om erhållande av kirurgisk behandling kan påbörjande av sådana operationer inte fastställas som *villkor* för det juridiska fastställandet av ens kön. Som grundorsak nämns risker som är förknippade med åtgärderna.¹⁴⁶ Från en utomståendes perspektiv är det inte klart hur en hormonal sterilisering medicinskt-etiskt skiljer sig från ett kirurgiskt ingrepp: Kirurgiska ingrepp kan innebära stora förändringar i bl.a. könsorganen men även mindre aggressiva, estetikmotiverade eller kosmetiska operationer. Med sterilisering (oberoende om det förverkligas hormonalt eller med kirurgisk vasktom) ingriper läkaren däremot alltid i en persons självuttryck genom att personen förhindras att få barn. Slutresultaten kan därmed vara mycket varierande. Sterilisering kan också till skillnad från vissa utseendeförändrande operationer i värsta fall inverka mycket grovt på en persons identitet och integritet, vilket dock inte beaktats i lagen på något sätt.

FN-kommittén för övervakning av konventionen mot tortyr och grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning (CAT-kommittén) har även betonat förbudets internationellt välkända status. I behandlingen av Finlands sjunde periodiska rapport (2016) påpekades bl.a. att tortyr enligt folkrätten anses som brott mot mänskligheten och att inga lagstadgade begränsningar till förbudet därmed är tillåtna. För att undvika existensen av sådana begränsningar rådde kommittén Finland att ändra sin lagstiftning. Vissa medlemmar krävde även statistikmaterial om mängden tvångssteriliseringar samt utredning över de åtgärder Finland åtagit för att avsluta praxisen, bl.a. ändring av den nuvarande translagen.¹⁴⁷

Även om tillämpningen eller tolkningen av artikel 3 inte är totalt entydig kan vissa slutsatser ändå dras. För tillfället är minimitröskeln för artikelns tillämpning relativt hög och viss tvetydighet råder kring definitionen. Ingen uttömmande lista om handlingar som utgör brott kan uppräknas. Ifall ett brott dock kan fastställas tillåts inga avvikelser eller begränsningar till bestämmelsen. För tillfället lutar Europadomstolens praxis mot att artikeln inte kunde tillämpas i transfrågor eller lagenligheten av den nuvarande translagen, dock är tillämpligheten i framtiden inte en omöjlig idé: Alla de behövliga elementen, bl.a. psykisk lidande och maktrelationen mellan individen och myndigheten,

¹⁴⁶ RP 56/2001 vd, s. 14.

¹⁴⁷ CAT/C/SR.1464, 7th periodic report of Finland, 59th CAT session 11.11.2016, p. 37 och 44.

har redan etablerats i praxis. Dessutom har domstolen betonat konventionens tolkning som ett levande instrument med hänsyn taget till de faktiska omständigheterna. Att transfrågor i framtiden kunde omfattas av artikel 3 stöds alltså av fallen i Europadomstolen som resonerat kring temat så väl som artikelns tillämplighet i mycket varierande situationer och övriga internationella stadganden och anmärkningar. Även vissa rättslärda har relativt starkt hävdats att diskussionen om tortyr i relation till steriliseringsvillkoret inte alls är ogrundat.¹⁴⁸

För tillfället skulle det internationella samfundet dra nytta av mer särskilt transrelaterad resonemang från Europadomstolen. Praxis fattas eventuellt pga. att dylika ärenden ofta hellre behandlas i relation till artikel 8. Detta kan även resultera i att individer inte åberopar artikel 3 om det anses allmänt ”olönsamt”.

3.3 Rätt till skydd för privat- och familjeliv

3.3.1 Allmänt

”Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.”¹⁴⁹

Som även rättspraxis har visat är kärnan i artikel 8 att skydda individer från godtyckliga, statliga ingrepp och därmed tilldela dessa en rätt att bli lämnade i fred. Artikel 8 består av två stora helheter som till innehåll och funktion skiljer sig från varandra: begreppen familjeliv och privatliv. Hemmet och korrespondensen kan anses utgöra en tredje skild konstruktion. Dessa har dock diskuterats mer sällan i rättspraxis jämfört med de två ”primära” helheterna.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Rantala 2016, 16.

¹⁴⁹ EKMR, art. 8.

¹⁵⁰ Schabas 2015, s. 366.

Genom att gruppera dessa koncept i samma artikel blir skyddssfären större och starkare än vad summan av dess delar skulle vara.¹⁵¹ Respekt för rättigheterna kan enligt själva konventionstexten begränsas med de förutsättningar som nämns i punkt 2, dvs. allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, förebyggande av oordning eller brott, skyddet för hälsa, moral eller andra personers fri- och rättigheter ifall dessa stöds med lag.¹⁵² Detta är ett tydligt exempel på en entydigt konventionsbaserad tolkningsmarginal för medlemsstaterna.¹⁵³

Artikeln hör till de bestämmelserna som bidragit mest till rättsutvecklingen i Europadomstolens rättspraxis, och tillämpningssättet har på grund av bl.a. teknisk utveckling, utvecklingen av privatlivets omfattning, datasystem och även sociala mediernas frammarsch ändrats mycket under de senaste årtiondena. Privatliv förstås helt enkelt inte på samma sätt längre.¹⁵⁴

Artikeln är uppbyggd enligt formeln ovan: punkt ett (1) uppger själva rättigheten medan punkt två (2) nämner de grunder med vilka rättigheten kan begränsas eller ingripas i. I tillämpandet av artikel 8 måste domstolen därmed först avgöra om en rättighet *de facto* blivit ingripen eller inskränkt (punkt 1). Därefter ska den pröva grunderna i punkt 2 för att avgöra ifall ingripandet strider mot konventionen eller hör till statens tolkningsmarginal. Åtgärderna som staten vidtar måste alltså ha stöd i lag och vara *nödvändiga* för att upprätthålla den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, för att förebygga oordning eller brott, för att skydda hälsa eller moral eller för att skydda andra personers fri- och rättigheter. Denna diskussion om

¹⁵¹ White&Ovey, 2010, s. 335.

¹⁵² Den allmänna förklaringen, art. 12 och 29.2. Artikel 8 i EKMR har sitt ursprung i artikel 12 i den allmänna förklaringen från 1948 som skyddar individer från godtyckligt ingripande i fråga om bl.a. privatliv, familj och hem samt från angrepp på sin heder eller sitt anseende. Därtill ger artikel 29 vägledning om eventuella avvikelser - en person får endast underkastas sådana inskränkningar som har fastställts i lag och enbart i syfte att trygga tillbörlig hänsyn till och respekt för andras rättigheter och friheter samt för att tillgodose ett demokratiskt samhälles berättigade krav på moral, allmän ordning och allmän välfärd. Även om den allmänna förklaringen inte är juridiskt bindande och motsvarar därmed inte bestämmelserna i EKMR har den varit en inflytelserik faktor i konventionens utarbetningsskede. Det som stadgats i den allmänna förklaringen kan därmed anses om en trovärdig källa för tolkning i enlighet med ändamålsenlighetsprincipen.

¹⁵³ White&Ovey 2010, s. 308-309. För tolkningsmarginalet se närmare kap. 4.3.

¹⁵⁴ Schabas 2015, s. 358 och 366.

förhållandet mellan statliga åtgärder och grunderna i punkt två har alltid inte inkluderats i själva beslutstexten.¹⁵⁵

Tolkningsmarginalen av artikel 8 påverkas även av ordalydelsen ”rätt till *skydd*” eller motsvarande formulering på engelska, ”right to *respect*”. En rätt till respekt eller en rätt till skydd mot något är påtvingande gentemot en tredje person (staten) och till sin karaktär mer abstrakt och än de övriga konventionsrättigheterna. Bestämmelsen avviker därmed av de övriga substansartiklarna. Dessutom är innebörden av begreppen ”skydd” eller ”respect” inte alltid entydiga. Rätten till skydd medför tydligt (om inte automatiskt) förutom negativa även positiva skyldigheter för staten. En av dessa är laglighetsprincipen, som hör till de mest fundamentala principerna i ett demokratiskt samhälle. Staten måste avstå från att ingripa individens privat- och familjeliv men även skydda dessa från ingrepp av andra. Artikel 8 handlar därmed också om att skapa en skälighets balans mellan individuella och samhälleliga intressen.¹⁵⁶

Oberoende om åtgärderna för skyddet för privat- eller familjeliv behandlas från ett negativt eller positivt perspektiv har staten dock en viss tolkningsmarginal. Tolkningsmarginalen är vid då en persons rätt till privat- eller familjeliv utmanas pga. en annan fundamental rättighet. Däremot är tolkningsmarginalen ofta snäv då en särskilt viktig del av en persons identitet kan riskeras eller då det handlar om de mest intima delarna av privatlivet.¹⁵⁷

Med ”familj” eller familjeliv anses förutom förhållandet mellan förälder och barn (inklusive adoptivbarn och -föräldrar) och förhållandet mellan syskon även förhållandet mellan makar, oberoende om de är gifta eller inte. Viktiga faktorer är t.ex. huruvida det finns ett gemensamt hem, hur länge relationen i fråga har varat och om parterna på andra sätt har uppvisat att förhållandet är viktigt för dem. Mer avlägsnade förhållanden, t.ex. förhållandet till mor- eller farföräldrarna utgör ofta inte familjeliv, dock kan dessa anses tillhöra privatlivet (se nedan kap. 3.3.2). Detta är även fallet med förhållandet mellan föräldrar och vuxna barn. Ifall familjeliv i artikelns bemärkelse inte kan finnas bland delägarna i ärendet kan skyddet av artikeln inte heller åberopas.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Schabas 2015, s. 367.

¹⁵⁶ Schabas 2015, s. 368.

¹⁵⁷ *E.S. v. Sweden*, punkt 58.

¹⁵⁸ White&Ovey 2010, s. 335-337, Schabas 2015, s. 389.

Familjen är en grundläggande del av samhället och ska enligt huvudregeln lämnas i fred. Familjelivet är nära förknippat med ärenden gällande barnrätt (vårdnadsfrågor, adoption), kvarlåtenskapsrätt så väl som icke-medborgarnas rättigheter (bl.a. migrationsfrågor).¹⁵⁹ Barnens trygghet och välmående är en central fråga i fall där flera (personers) rättigheter konkurrerar med varandra. I allmänhet har medlemsstaterna på basis av subsidiaritetsprincipen och det så kallade ”better placed”-argumentet en bred tolkningsmarginal gällande bedömningen av åtgärdernas nödvändighet.¹⁶⁰ Domstolen bedömer därmed den nationella beslutsprocessen, dvs. huruvida processen har varit rättvis, om parterna har hörts osv. i stället för att ta ställning till själva innehållet i beslutet. Marginalen är däremot mindre gällande bl.a. adoptionsbeslut (som oftast är oåterkalleliga och bör därmed granskas noggrant) eller åtgärder som bär risken att totalt förstöra ett barns relation till sina föräldrar, exempelvis statliga beslut om besöksförbud.¹⁶¹ Transfrågor har i allmänhet behandlats under begreppet privatliv och därmed kommer familjelivet enligt artikel 8 inte diskuteras vidare. Tillämpningen av privatliv enligt artikel 8 kommer däremot att behandlas nedan.

3.3.2 Privatliv och relationen till könsidentiteten

Det finns ingen exakt eller uttömmande definition på (det breda) begreppet privatliv. Europadomstolen har dock i sin praxis fastställt att skyddet ska tolkas extensivt och kan anses omfatta bl.a. följande värden: fysisk och psykisk integritet, identitet, namn, personlig autonomi och utveckling, könsidentitet och sexuell läggning samt beslut om fortplantning.¹⁶²

I ljuset av privatlivet har speciellt regleringen av sexuell läggning, könskorrigering och abort diskuterats. Domstolen har numera framhållit att ytterst vägande skäl krävs för att ingripa i en individs rättigheter då det handlar om de mest intima delarna av en människas privatliv. Exempelvis ansågs kriminalisering av homosexuella förhållanden förr som acceptabelt pga. den rådande allmänna moraluppfattningen, trots att

¹⁵⁹ Se t.ex. White&Ovey s. 338-344.

¹⁶⁰ Tolkningsmarginalen är ofta bred då medlemsstaten anses ha bättre möjligheter (än domstolen) att bedöma den förhandenvarande situationens allvarlighet och de åtgärdernas nödvändighet eller skälighet (den sk. ”better placed”-argumentet). Se s. 60, 62 och 64. Se även White&Ovey 2010, s. 80, Pellonpää 2012, s. 307 och Gerards s. 6.

¹⁶¹ White&Ovey 2010, s. 338-339 och 343. För mer information se t.ex. fallet *K&T v. Finland* från 2001.

¹⁶² Se t.ex. Pellonpää 2012, s. 656-657, Schabas 2015 s. 369-384, White&Ovey 2010 s. 401.

begränsande och förnekande av homosexuellt umgänge uppenbarligen utgör ett ingrepp i privatlivet och är därmed skyddat av artikel 8.¹⁶³

Som ett resultat av de ändringar som sedan skett i de europeiska attityderna har även Europadomstolens tolkningar ändrats. Ogrundade inskränkningar av privatlivet har därefter funnits i t.ex. Irland och Cypern där minoritetslagstiftningen är mer konservativ än det europeiska genomsnittet.¹⁶⁴ Tolkningsmarginalen har minskat avsevärt också gällande individer som genomgår könskorrigering. Med hänsyn taget till dagens förhållanden har domstolen funnit att den möda som transpersoner genomgår för att korrigera t.ex. sin födelseattest inte är förenlig med bestämmelserna i artikel 8.¹⁶⁵ I fallet *Schlumpf v. Schweiz* bekräftade domstolen dessutom den sökandes rätt att bestämma över sin könsidentitet och betonade proportionalitet och tillämpning in casu i stället för mekanisk implementering av diverse tjänst- och tillståndprocesser.¹⁶⁶

Skyddet för privatliv har även haft stor betydelse för individens reproduktiva hälsa och rättigheter. Att skaffa barn eller bestämma sig för att inte göra det är ett privat beslut och omfattas därmed av skyddet. En tolkningsmarginal kan godtas då omständigheterna skapar vissa naturliga begränsningar eller då rättigheten till skydd begränsas pga. andra konkurrerande rättigheter. Detta är fallet med t.ex. fångar. Begränsningsåtgärderna får dock inte vara orimliga: I *Dickson v. UK* där tillträde till konstbefruktning hade nekats pga. att den andra parten var i fängelse ansåg domstolen att staten misslyckats med bedömningen mellan konkurrerande rättigheter och att tillträde på enbart den nämnda grunden (fängelse) inte kunde nekas. Artikelns kan därmed anses inkludera även en rätt att bli förälder.¹⁶⁷

Även lagstiftningen som reglerar avbytande av graviditet är en del av privatlivet eftersom (privat-) livet av en gravid kvinna blir förbundet med fostrets liv (för syftet av denna avhandling kommer den mycket omfattande diskussionen om den exakta tidpunkten för livets början att exkluderas). Oberoende handlar det då inte enbart om den gravida kvinnans liv, rättigheter och friheter och domstolen eller myndigheten blir tvungen att bedöma förhållandet mellan två konkurrerande rättigheter. Till skillnad från

¹⁶³ Pellonpää 2012, s. 658-659.

¹⁶⁴ Pellonpää 2012, s. 658-659.

¹⁶⁵ Pellonpää 2012, s. 660, se även *Goodwin*.

¹⁶⁶ Pellonpää 2012, s. 661, hänvisar till *Schlumpf v. Switzerland*.

¹⁶⁷ *Dickson v. UK* punkt 66. Se t.ex. Pellonpää 2012, s. 667 och Schabas 2015, s. 372.

det ovannämnda kan alltså ingen rätt till abort härledas från artikel 8.¹⁶⁸ Därmed kan t.ex. Irlands breda tolkningsmarginal i dylika ärenden inte ersättas med den relativa konsensus som råder inom de övriga medlemsstaterna.¹⁶⁹ I *Evans v. UK* konstaterade domstolen dock att en persons rätt att få barn inte kan ges starkare skydd än en persons rätt att inte skaffa barn.¹⁷⁰

Ett av de centrala delområdena av det skyddade privatlivet är personlig autonomi och rätten att uppbygga sin egen identitet. Artikel 8 innehåller även rätten att få denna identitet erkänd i lag, t.ex. genom att bekräfta ett viktigt förhållande med ett lagligt äktenskap. Även klädseln är delvis skyddad och t.ex. en Burqa-förbud som i grund och botten begränsar individens rätt att välja sättet hen klär sig på bryter åtminstone principiellt mot artikel 8.¹⁷¹

Artikel 8 och skyddet för privatliv omfattar alltså bl.a. fysisk och psykisk integritet, personlig autonomi och identitet samt beslut om fortplantning. En viktig aspekt av den personliga identiteten är könsidentifiering och sexuell läggning. Som ovan konstaterats krävs särskilt allvarliga grunder för att en kränkande myndighetsåtgärd gentemot t.ex. en persons könsidentitet kan anses motiverad.¹⁷² Europadomstolen har under de senaste åren gått mot en mer snäv tolkningsmarginal och en starkare positiv skyldighet för medlemsstaterna att erkänna, skydda och bekräfta denna aspekt av identiteten.¹⁷³ Translagstiftningen kan således utan tvivel anses tillhöra privatlivets omfattning i enlighet med artikel 8.¹⁷⁴ En viss tolkningsmarginal kan dock antas på basis av artikelns (8) karaktär. År 2007 resonerade Europadomstolen kring artikel 8 enligt följande:

¹⁶⁸ Schabas 2015, s. 373

¹⁶⁹ *A, B och C v. Ireland* punkt 235-236. Det bör påpekas att under skrivprocessen av denna avhandling, 25.5.2018 höll Irland en folkomröstning om ändring av den stränga abortlagstiftningen och legaliseringen av abort. Enligt slutresultatet stöder 66,4 procent stiftandet av en ny lag, 33,6 procent röstade emot. Utarbetning av den nya lagen påbörjades 29.5.2018 och den nya lagen väntas träda i kraft före årsskiftet. Se t.ex. <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/05/26/irlandarna-rostade-for-att-andra-pa-de-stranga-abortlagarna-det-har-varit-en> och <https://www.theguardian.com/world/2018/may/26/ireland-votes-by-landslide-to-legalise-abortion>.

¹⁷⁰ *Evans v. UK*, punkt 90. Se även Pellonpää 2012, s. 663.

¹⁷¹ Schabas 2015, s. 375-376. Det bör anmärkas att ”identitet” i detta sammanhang även inkluderar den sociala identiteten – namnet, imagen, etniciteten, sexuella läggningen och könsidentiteten.

¹⁷² White&Ovey 2010, s. 363 hänvisar till *YF v. Turkiet*, punkt 33. Exempelvis kan en (mindre) obligatorisk läkarundersökning utgöra ett brott mot artikel 8.

¹⁷³ White&Ovey 2010, s. 383, Schabas 2015, s. 380. Förändringen syns bl.a. i påbudet att lagligen erkänna en transpersons korrigerade kön i t.ex. offentliga register och identitetsbevis.

¹⁷⁴ Se bl.a. *AP* p. 92, *Schlumpf* p. 77 och *Y.Y. v. Turkey* p. 56.

The [European Court of Human Rights] . . . reiterates that ‘private life’ is a broad term, encompassing, inter alia, aspects of an individual’s *physical and social identity including the right to personal autonomy*, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world . . . [F]urthermore, . . . the court has previously held that private life includes a person’s physical and psychological integrity and that the state is also under a positive obligation to secure to its citizens their right to effective respect for this integrity.¹⁷⁵

Motsvarande tankar fastställdes även i *Pléso v. Hungary* år 2012:

The Court is of the view that where the issue is not whether there is an imminent danger to the person’s health but rather whether medical treatment would improve his condition or the absence of such treatment would lead to a deterioration in that condition, it is incumbent on the authorities to strike a fair balance between the competing interests emanating, on the one hand, from society’s responsibility to secure the best possible health care for those with diminished faculties [...] and, on the other hand, from the *individual’s inalienable right to self-determination* (including the right to refusal of hospitalisation or medical treatment, that is, his or her “right to be ill”).¹⁷⁶

Även om fallen handlade om reproduktiva rättigheter respektive tvångsvård av mentalsjuka kan domstolens resonemang granskas analogt till fall gällande transpersoners rättigheter. I *Pléso* betonade domstolen både nödvändigheten av statliga åtgärder och proportionalitetsbedömningen mellan nyttan av tvångsåtgärderna (inverkan på patientens hälsotillstånd) och kränkningens allvarlighet. Det avgörande i fallet var dock individens oförytterliga självbestämmanderätt.¹⁷⁷ Transfrågan och tvångssteriliseringens relation till artikel 8 togs uttryckligen upp år 2017 då Europadomstolen fastställde att ”personal autonomy” de facto är grunden till tolkningen av artikel 8, vilket i fråga om transpersoner även innebär en sådan självbestämmanderätt (”self-determination”) som garanterar friheten att själv definiera sin könsidentitet och rätten till fysiskt och moralisk trygghet.¹⁷⁸ I avgörandet till fallet *AP* beaktade domstolen bl.a. följande utsaga:

[Many] transgender people [...] choose to undergo this treatment [hormonal treatment leading to sterilization], often including the elimination of procreative organs. [However], medical treatment must always be administered in the best interests of the individual and adjusted to her/his specific needs and situation. It is disproportionate for the state to prescribe treatment in a ”one size fits all” manner. The basic human rights concern here is to what extent such a strong interference by the state in the private lives of individuals can be justified and whether sterilisation or other medical interventions are required to classify someone as being of the one sex or the other.¹⁷⁹

¹⁷⁵ *Tysiac v Poland* p. 107. Egen kursiv.

¹⁷⁶ *Pléso v. Hungary (Pléso)*, p. 66. Egen kursiv.

¹⁷⁷ *Pléso*, p. 63-69.

¹⁷⁸ *AP* p. 93 och 121-132. Se även <https://strasbourgobservers.com/2017/05/05/a-p-garcon-and-nicot-v-france-the-court-draws-a-line-for-trans-rights/>, besöktes 4.5.2018

¹⁷⁹ *AP*, p. 73.

Domstolen noterade även att otaliga håll framhåvt att fysiska villkor, så som steriliseringskravet, kränker djupt flera grundrättigheter.¹⁸⁰ Det verkar därmed obestridbart att en sådan lag som förknippar det juridiska bekräftandet av könet med villkor som skulle betyda fysiska alterneringar i en persons kropp inte är förenlig med artikel 8.1, dvs. skyddet för respekt för privatliv.

3.3.3 Motiveringar till kränkning av skyddet för privatliv

För att en kränkning av en rättighet som omfattas av artikel 8 ska vara berättigad ska den vara motiverad med lag, nödvändig samt proportionerlig i förhållande till det syfte den ägnar att tillfredsställa. Den finska translagen kan enligt det som fastställt i kapitel 3.3.2 anses tillhöra till artikelns tillämpningsområde. Därutöver har det konstaterats att könsidentiteten är en av de mest intima och privata delarna av en persons liv och att ett ingrepp så som påtvingad sterilisering utan vidare kränker denna integritet. Ytterst vägande skäl krävs således för avvikelse.

För att avgöra huruvida translagen kan anses tillhöra statens tolkningsmarginal och därmed vara berättigad måste staten ha motiverat det väl och som nödvändigt och proportionerligt. Så som redan konstaterats i kapitel 2 är den nuvarande translagen den första egentliga translagen i Finland, men den fjärde lagen angående sterilisering. Regeringspropositionen 56/2001 rd om förslag till lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall och till lagar som har samband med den nämner uttryckligen en enda orsak till kravet om sterilisering och hela momentet om sterilisering diskuteras i enbart ett stycke. Propositionen förklarar inte varför det t.ex. skulle vara grundlagsenligt att förutsätta sterilitet för juridisk bekräftande av kön. Lagen ville sättas i kraft så snabbt som möjligt och antagligen skulle detta ha varit mycket svårare utan steriliseringskravet.¹⁸¹

I kapitlet om nuläget för olika lagar förknippade med könet går både steriliserings- (1970) och kastreringslagen (1950) igenom. Om transsexualitet nöjer sig RP 56/2001 med att nämna att före den senaste steriliseringslagen (1970) godkändes inga kastreringsansökningar som gjorts pga. transsexualism och att ”den nuvarande

¹⁸⁰ AP, p. 125.

¹⁸¹ Jokela 2015, s. 103.

steriliseringslagen innehåller inget omnämnande av sterilisering på grund av transsexualism”. Inte heller godkändes några kastreringsansökningar (med transsexualism som grund) på 1970-talet. Ytterligare går propositionen igenom de grunder med vilka kastrering eller sterilisering förr genomförts, bl.a. när det finns skäl att förmoda att avkomlingarna skulle komma att vara behäftade med eller senare komma att få en svår sjukdom eller ett svårt kroppsslyte (steriliseringslagen 1 § 5 mom.) eller om det finns skäl att förmoda att han på grund av sin könsdrift åsamkas svåra själsliga lidanden eller andra allvarliga olägenheter och att kastreringen skulle minska dessa (kastreringslagen 1 § 1 mom.).¹⁸² Det förblir oklart om detta ska förstås som ett indirekt argument – att transsexualism kan granskas som en sjukdom som för det första förorsakar själsligt lidande som endast sterilisering kan minska eller för det andra förorsakar svåra men för eventuella avkomlingar och bör därmed ”åtgärdas” med sterilisering. Sådana påståenden saknar förstås allmänt vetenskapligt stöd.

Argumentet (ifall påståendet om ”själsligt lidande” antas som argument) baserar sig på den principiella diskussion som Medicinalstyrelsen höll på 1980-talet och är alltså varken juridiskt bindande eller utfört på ett vederbörligt sätt för att utgöra bevis i en juridisk diskussion. Slutsatsen av diskussionen var att sterilisering ansåg som den enda metoden att ”lindra svåra själsliga lidanden”. Även om det endast är frågan om en diskussion vid en myndighet åtogs denna praxis senare i både nämnden för kastreringsärenden och sedermera vid rättsskyddscentralen för hälsovården.¹⁸³ Argumentet kan alltså ses som medicinskt – personen bör steriliseras för att hen inte på grund av sin könsdrift åsamkas svåra själsliga lidanden eller andra allvarliga (medicinska) olägenheter (för sig själv eller sina avkomlingar). I *Pléso* 2012 ansågs dock samhällets ansvar för att tillfredsställa adekvat hälsovård till sina medlemmar sekundärt i relation till individens oförytterliga självbestämmanderätt, bl.a. rätten att vara sjuk.¹⁸⁴ Domstolen bekräftade denna rätt att insjukna som en del av den fysiska integriteten också i *AP* år 2017.¹⁸⁵

Transpersoner kunde åberopa rätten att vara sjuk på två olika grunder: Rätten att vara transkönad (dvs. ”sjuk”) och rätten att riskera sin hälsa med de biverkningar som t.ex.

¹⁸² RP 56/2001 rd, s. 4-5

¹⁸³ RP 56/2001 rd, s. 5-6.

¹⁸⁴ *Pléso*, p. 62-69.

¹⁸⁵ *AP*, p. 129.

hormonbehandling eller operationer kan förorsaka. Ifall transsexualism eller dess psykiska verkningar klassificeras som psykiska men eller ”sjukdom”, kunde personen i fråga åberopa sin rätt att insjukna eller vara ”sjuk” och på den grunden motsätta sig ”boten”, dvs. steriliseringen. Steriliseringen av transpersoner kunde knappast motiveras med att eventuell samtidighet av t.ex. hormonbehandling och graviditet skulle vara så ofördelaktigt eller farligt för personens hälsotillstånd att möjligheten till graviditet redan på förhand därför borde förhindras. En dylik motivering kunde dessutom strida mot diskrimineringsprincipen i och med att det inte visats att någon annan människogrupp, t.ex. fångar eller cancerpatienter, skulle på basis av hälsoskäl (och redan i förväg) nekats möjligheten till graviditet och biologiska barn.

Det enda uttryckliga argumentet som RP 56/2001 rd anger *för* steriliseringskravet är att det i annat fall kan uppstå situationer där en person, vars könstillhörighet har fastställts till kvinna, avlar ett barn eller att en person, vars könstillhörighet har fastställts till man, blir gravid.¹⁸⁶ Även om argumentet baserar sig på lag är det som ett *syfte* (legitimering för kränkning av privatlivet) både föråldrad och tvivelaktig – idag finns det redan kvinnor som avlat ett barn och män som fött barn. Dessutom finns möjligheten att förvara könsceller.¹⁸⁷

Argumentet är också varken till eller från – vad vill lagstiftaren egentligen säga med detta? Är orsaken att det kunde uppstå rubbningar i befolkningsdatasystemet? Eller att det samhällsmoraliskt inte kunde vara acceptabelt att tillåta existensen av sådana anteckningar, dvs. att det varit officiellt en kvinna som avlat ett barn? Varför inte? Varken lagen, regeringspropositionen eller social- och hälsovårdsutskottets betänkande förklarar närmare varför de ovannämnda situationerna skulle kunna orsaka problem eller på något annat sätt inverka menligt på samhället.¹⁸⁸ Regeringspropositionens ”argument” verkar återge endast det könsnormativitet och den traditionella kärnfamiljsmodellen som grundar sig på könsbinarism.¹⁸⁹ Det blir därmed minst sagt otydligt vad syftet med kravet egentligen är och därmed kan steriliseringskravet inte anses ha en objektiv och försvarlig grund.

¹⁸⁶ RP 56/2001 rd, s. 5 och 14.

¹⁸⁷ Rantala 2016, s. 24.

¹⁸⁸ RP 56/2001 rd, s. 14, StVM 7/2002 vp.

¹⁸⁹ Jokela 2015, s. 86-87.

Den nuvarande translagen liknar i stort sett de gamla translagen i de övriga nordiska länderna. Även i propositionsskedet beaktades dessa lagar (bl.a. den svenska, norska och danska motsvarigheten) som stöd för formuleringen av den nya finska lagen om bekräftande av könstillhörighet.¹⁹⁰ De *nya nordiska* lagarna kan därmed ges viss tyngd även i en kritisk granskning av den nuvarande translagen i Finland.

Före den nuvarande könstillhörighetslagen i Sverige trätt i kraft gav Kammarrätten i Stockholm en dom enligt vilken den fastställde att de dåvarande lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall inte var förenlig med rätten till skydd för privat- och familjeliv eller diskrimineringsförbudet artiklarna i EKMR. Fallet handlade om att Socialstyrelsen förnekade den sökande juridiskt fastställande av könstillhörighet (trots att hen undergått bl.a. psykisk och hormonal behandling) eftersom hen vägrat sterilisering. Steriliseringskravet i den nämnda lagen ansågs även utgöra tvångssterilisering och var därmed oförenlig med regeringsformen enligt vilken var och en är skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp. Kammarrätten konstaterade att steriliseringskravet utgjorde de facto brott mot artiklarna 8 och 14 i EKMR i och med att det utgjorde ett påtvingat kroppsligt ingrepp med oåterkalleliga konsekvenser. Domstolen fann inte heller någon legitim orsak till varför lagen borde innehålla en sådan bestämmelse: den enda nämnda orsaken pro villkoret var att undvika förvirring i släktskapsförhållandena, vilket kunde uppstå ifall en transperson fick barn. Därmed uppnåddes inte nödvändighets- och proportionalitetskraven för rättfärdig avvikelse av rättigheterna enligt EKMR och kammarrätten ansåg att könstillhörighet borde beviljas i enlighet med den sökandes begäran.¹⁹¹

År 2017 byggde Europadomstolen på Kammarrättens motiveringar. I *AP* skulle domstolen avgöra huruvida *villkorlig* bekräftande av juridisk könstillhörighet var proportionerlig och nödvändig med hänsyn taget till de konkurrerade intressena, dvs. individen (sökanden) och samhället i sin helhet. Frankrike åberopade civilståndets oföränderlighet (en. the principle of inalienability of civil status) och menade att utan villkoret om oåterkallelig ändring av utseendet skulle könsbeteckningarna i befolkningsregistret inte vara slutliga och kunde ändras med för lätta grunder,

¹⁹⁰ RP 56/2001 rd, s. 6-9.

¹⁹¹ Kammarrätten, mål nr. 1968-12, lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall, regeringsformen 2:6.

möjligtvis även flera gånger. Nödvändigheten och det legitima målet härstammade alltså från det allmänna intresset: tryggheten av befolkningssystemets hållbarhet, dess pålitlighet och följdriktighet. De franska representanterna menade även att det inte var oproportionerligt att förneka ändring av könstillhörighet då vissa fysiska förändringar inte utförts, då målet var att balansera befolkningssystemets hållbarhet och därmed rättssäkerheten gentemot individens rätt för respekt för privatliv.¹⁹²

Domstolen granskade situationen in casu (bl.a. genom att beakta frågans sensitiva karaktär) och kom till slutsatsen att kravet inte var proportionerligt. Även om befolkningsregistrets hållbarhet och rättssäkerhet är viktiga värden var den situation som transpersoner utsattes för outhärlig – antingen skulle man ofrivilligt genomgå sterilisering (och därmed avstå från sin rätt till fysisk integritet och följaktligen skyddet för privatliv) eller avstå från erkännande av sin könsidentitet (uppgivande av samma skydd). Kravet kunde därmed inte ses som proportionerligt.¹⁹³

Egentligen har inga exakta orsaker överhuvudtaget nämnts som grund för det finska steriliseringskravet. Att man i Finland systematiskt avstått från att nämna ytterligare eller mer utförliga motiveringar till den nuvarande lagens innehåll är i och för sig också intressant. Ifall man för syftet av denna avhandling antog att orsakerna motsvarar det som Kammarrätten och Europadomstolen behandlat i sina domar, skulle steriliseringskravet enligt båda domstolarnas fynd inte uppfylla de krav som artikel 8.2 fastställer för proportionalitets- eller nödvändighetsbedömningen. Att inga vederbörliga motiveringar överhuvudtaget nämnts resulterar i att det överlag blir mycket utmanande att utföra varken proportionalitets- eller nödvändighetsbedömningar.

Angående den nuvarande translagen kan man förutom det ovannämnda konstatera att både lagen och regeringspropositionen (56/2001) innehåller flera motstridigheter. I bedömningen av lagens nuläge före translagen konstateras t.ex. följande:

Enligt 10 § Finlands grundlag är vars och ens privatliv tryggt. Enligt regeringens proposition om grundrättigheterna (RP 309/1993 rd) är utgångspunkten för skyddet för privatliv att individen har rätt att leva sitt eget liv utan godtycklig eller ogrundad inblandning av myndigheter eller andra utomstående. Enligt regeringspropositionen är det svårt att klart definiera gränserna för privatlivet. Till privatlivet hör bland annat

¹⁹² AP, p. 101, 103, 105-106, 114 och 122.

¹⁹³ AP, p. 132

individens rätt att fritt knyta och upprätthålla kontakter till andra människor och miljön samt att själv bestämma om sig själv *och sin kropp*.¹⁹⁴

I följande stycke fastställs det att det inte är ändamålsenligt att tillstånd förutsätts i ett sådant skede av behandlingen då sökanden, före inlämnandet av själva ansökan, kan ha gått igenom långt gående och oåterkalleliga åtgärder som avser att förändra de könsrelaterade egenskaperna. Det förblir oklart hur detta har åtgärdats i den nuvarande translagen i och med att sterilitet tydligt utgör ett ingrepp i ens fysiska integritet och att det förutsätts *före* personen kan ansöka om ny könstillhörighet. Risker (om än principiell) till att ansökan om ny könstillhörighet avslås finns då kvar.¹⁹⁵

3.4 Förbudet mot diskriminering

3.4.1 Förbudet och dess relation till de övriga konventionsbestämmelserna

”Fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.”¹⁹⁶

Diskrimineringsförbudet i EKMR artikel 14 är en av de mest centrala mänskliga rättigheterna och säkerställs i förutom EKMR även i Förenta Nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (den allmänna förklaringen), den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ESK-konventionen) samt den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (MP-konventionen).¹⁹⁷ Normen har även inkluderats i den finska grundlagen¹⁹⁸ och i grundrättighetsstadgan¹⁹⁹. Att förbudet i alla de ovannämnda

¹⁹⁴ RP 56/2001 rd, s. 11. Egen kursiv.

¹⁹⁵ RP 56/2001 rd, s. 11.

¹⁹⁶ EKMR, art. 14.

¹⁹⁷ Den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheter, art. 1 och 2; ESK-konventionen, art. 2; MP-konventionen, art. 3.

¹⁹⁸ Enligt GL (731/1999) 6 § 1 mom. är alla lika inför lagen. Ingen får utan godtagbart skäl särbehandlas på grund av kön, ålder, ursprung, språk, religion, övertygelse, åsikt, hälsotillstånd eller handikapp eller av någon annan orsak som gäller hans eller hennes person (2 mom.).

¹⁹⁹ Grundrättighetsstadgan, artikel 21.

kodifieringarna placerats bland de allra första bestämmelserna talar om dess djupt fundamentala status.²⁰⁰

Artikelns roll är speciell i och med att den är beroende av de andra, materiellrättsliga, konventionsrättigheterna (härefter även substansartiklar). Diskriminering på basis av en av grunderna nämnda i artikel 14 i förhållande till t.ex. skyddet för privat- och familjeliv kan utgöra brott mot konventionen, medan diskriminering på basis av t.ex. medborgarskap inte skulle resultera i samma eftersom det inte finns en uttrycklig ”rätt” till medborgarskap i konventionen (detta kan kallas för substanskravet, se närmare nedan).²⁰¹

Med diskriminering avses att personer i lika situationer behandlas olika utan en objektiv och försvarlig grund (en. ”objective and reasonable justification”).²⁰² Särbehandling strider inte mot artikel 14 om den för det första grundar sig på en objektiv bedömning av de olika omständigheterna och om den för det andra åstadkommer en rättvis balans mellan skyddet av de samhälleliga intressen och skyddet av respekten för konventionsrättigheterna.²⁰³ Diskrimineringen måste inte heller ha skett avsiktligt för att utgöra brott.²⁰⁴

Som redan ovan konstaterats skyddar artikel 14 individerna från diskriminering gällande de övriga konventionsrättigheterna. Diskrimineringsförbudet existerar dock inte i vakuum. Dess status är sekundärt i och med att det kompletterar och är fastbundet i de i konventionen nämnda rättigheterna. Ifall en parts anspråk inte faller inom

²⁰⁰ White&Ovey 2010, s. 546.

²⁰¹ En sådan situation kunde eventuellt omfattas av tilläggsprotokoll 12 (TP 12) som stadfäster ett mer allmänt förbud för diskriminering. Dock finns ingen praxis om TP 12 ännu och antalet ratificeringar är litet, vilket utmanar dess tillämplighet för medlemsstaterna; EKMR Protokoll nr 12, art. 1 mom. 1 fastslår följande: ”Åtnjutandet av varje rättighet som anges i lag skall säkerställas utan diskriminering på någon grund såsom kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.” Såsom i artikel 14 är listan i TP 12 art. 1. inte uttömmande. Protokollet ska inte tolkas som ett substitut för artikel 14 utan bestämmelserna ska ses som kompletterande. Medan artikel 14 förutsätter att den sökande bevisar att särbehandling skett inom någon av konventionsrättigheterna kan tilläggsprotokoll 12 tillämpas om särbehandling skett inom vilken nationell rättighet som helst. Explanatory Report to Protocol No. 12, White&Ovey 2010, s. 567-568, Schabas 2015, s. 556.

²⁰² Schabas 2015, s. 564-565.

²⁰³ Schabas 2015, s. 564-565.

²⁰⁴ Schabas 2015, 566.

tillämpningsområdet av en annan, i konventionen nämnd, rättighet kan frågor angående diskrimineringsartikeln inte heller prövas.²⁰⁵

Artikeln kan alltså inte överträdas skilt för sig, men en handling kan anses bryta mot artikel 14 betraktat i relation till substansartikeln (eller vice versa). Även om en handling, som faller inom tillämpningsområdet för en substansartikel men som inte kan anses bryta mot den kan ett brott fastställas mot artikel 14.²⁰⁶ Till exempel i fallet *Stec and others v UK* (härefter *Stec*) klargjorde domstolen att det enligt tilläggsprotokoll 1 art. 1 inte fanns ett krav på medlemsstaterna att uppsätta ett socialskyddssystem eller utbetala förmåner av särskilt slag eller belopp (dvs. inget brott mot någon av substansartiklarna). Domstolen konstaterade dock att ifall förmåner oberoende av detta beviljades måste staten försäkra sig om att villkoren för att vara berättigad till dessa inte var diskriminerande.²⁰⁷ Domstolen har även konstaterat att t.ex. fertilitetsbehandling inte i sig själv är en rättighet men hör till skyddssfäret av privat- och familjeliv, och ifall det erbjuds måste det göras jämlikt.²⁰⁸

Ett brott mot artikel 14 ska inte förutsätta att ett brott mot någon annan artikel också inträffat.²⁰⁹ Diskriminering är även förbjudet i lagarna som implementerar de nämnda rättigheterna (inte enbart själva restriktionerna) och förbudet omfattar därmed mycket mer än bara de nämnda konventionsrättigheterna.²¹⁰ Diskriminering kan även leda till omänsklig eller förnedrande behandling i enlighet med förbudet mot tortyr i EKMR artikel 3 - både kommissionen och domstolen har konstaterat att diskriminering av ett tillräckligt allvarligt slag kan anses bryta mot förbudet mot tortyr.²¹¹

²⁰⁵ White&Ovey 2010, s. 556.

²⁰⁶ White&Ovey 2010, s. 549.

²⁰⁷ White&Ovey 2010, s. 555, *Stec and others v United Kingdom*, 12.4.2006.

²⁰⁸ Första sektionen fann ett brott mot artikel 8 i relation till 14, dock upphävde Grand Chamber domet senare med hänvisning till statens breda tolkningsmarginal. *SH and others v. Austria*, p. 51-55, Jokela 2015, s. 88.

²⁰⁹ Schabas kallar detta för artikelns ”autonoma” karaktär (2015, s. 562). Till exempel måste inte en persons privatliv de facto ha kränkts (inget brott mot artikel 8) för att en stats agerande för att skydda privatlivet i fråga kan anses som diskriminerande (brott mot artikel 14) - skyddsåtgärderna kan t.ex. ha varit bristfälliga jämfört med genomsnittet pga. att den sökande hört till en språklig minoritet. Se även White&Ovey 2010, s. 548, hänvisar till *the Belgian linguistic case* (ECHR 23.07.1968). Domstolen konstaterade att en mer strikt tolkning av artikel 14 skulle beröva artikeln dess effektivitet.

²¹⁰ White&Ovey 2010, s. 549.

²¹¹ Schabas 2015, s. 563 hänvisar till *Abdulaziz*.

3.4.2 Tillämpningen av diskrimineringsförbudet

För tillämpningen av artikeln ska den förhandenvarande situationen bedömas från fem olika synpunkter: relaterar överklagandet till någon av de i konventionen nämnda andra rättigheterna (substanskriteriet), är diskrimineringsgrunden en av de i artikeln nämnda grunderna (grundkriteriet), kan de besvärade eller överklagande personerna vederbörligen jämföra sig själva till en annan, mer favoriserad eller gynnad grupp (jämförelsekriteriet), har särbehandlingen en objektiv och rimlig grund (objektivitetskriteriet) och är relationen mellan syftet och åtgärderna proportionell (proportionalitetskriteriet).²¹² Dessa kommer att behandlas närmare nedan.

De förbjudna grunderna till diskriminering är följande: kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Listan är inte uttömmande. Även diskriminering på basis av ”ställning i övrigt” (en. other status, fr. toute autre situation) ska tolkas som förbjudet, dock finns ingen exakt definition på vad det innebär. Grunden ska enligt rättspraxis tolkas extensivt: den ska anknyta till ens personliga egenskaper och vara urskiljbar.²¹³

Enligt den senaste praxisen har den extensiva tolkningen dock överträtt kraven för anknytning till en personlig egenskap. Även om detta ännu kan ses som utgångspunkt har domstolen godkänt bl.a. egendom och särbehandling av fastighetsägare samt bosättningsstat som en grund inom diskrimineringsartikelns tillämpningssfär. I och med grundrättighetsstadgan anses åtminstone tre ”nya” grunder (funktionshinder, ålder och sexuell läggning) omfattas av artikel 14. Domstolen har även erkänt könsbyte eller tillhörande till en könsminoritet som en diskrimineringsgrund, även om detta uttryckligen inte nämns i artikel 14.²¹⁴ I detta sammanhang bör påpekas att ifall särbehandlingen (oberoende diskrimineringsgrund) görs för ett objektivet syfte som härrör från ett allmänt intresse och åtgärderna för särbehandlingen inte överstiger en viss tröskel (en skälig relation till syftet) är den godtagbar.²¹⁵

²¹² White&Ovey 2010, s. 547, Van Dijk, s. 1035. Egen benämning på kraven.

²¹³ White&Ovey 2010, s. 551 och 557.

²¹⁴ *L and V v. Austria* p. 38-54 och *P.V. v. Spain* p. 26-32. Se även Jokela 2015, s. 75 och Schabas 2015, s. 573 och 583.

²¹⁵ White&Ovey 2010, s. 550. Enligt White & Ovey är domstolens tolkning inte lika strikt som den kunde vara. En mer strikt tolkning innebära att särbehandling var godtagbart endast då omständigheterna in casu

Tolkningsmarginalens bredd i detta sammanhang varierar på basis av de faktiska omständigheterna och alla diskrimineringsgrunder är inte lika starka eller ”känsliga”. Vissa grunder inklusive kön²¹⁶, ras²¹⁷ och sexuell läggning²¹⁸ är naturligt dubiösa eller suspekta: Dessa s.k. ”inherent grounds” är medfödda egenskaper och granskas därför särskilt noggrant. Detta innebär att tolkningsmarginalen också blir mindre. Diskriminering på basis av t.ex. sexuell läggning anses särskilt nedsättande för de som drabbas och därmed krävs ytterst tunga orsaker för att rättfärdiga särbehandling på någon av dessa grunder.²¹⁹

Då grunden för särbehandling är kön eller etnisk bakgrund har de avtalsslutande parterna ingen tolkningsmarginal och möjligheterna att upprätta skäligen eller objektiva motiveringar är mycket begränsade respektive omöjligt.²²⁰ Rasism kan aldrig motiveras med objektiva grunder. Mycket vägande skäl krävs även för särbehandling av medborgare och icke-medborgare.²²¹ Då grunden för särbehandling inte är en medfödd egenskap (dvs. en ”inherent ground”) har domstolen haft en lägre tröskel för den objektiva och försvarliga grunden. Eftersom en stat i allmänhet bäst känner till sina samhällseliga behov har de nationella myndigheterna bättre möjligheter att bedöma vad som tjänar det allmänna intresset.²²² Bred tolkningsmarginal har staten i allmänhet i bl.a. åtgärder angående ekonomiska och samhällseliga angelägenheter, förutsatt att statens tillvägagångssätt inte är uppenbart grundlös.²²³ Syftets rättfärdighet har enligt rättspraxis haft en relativt låg tröskel, bl.a. sparande av offentliga medel har ansetts som

kräver eller tillåter detta, oberoende åtgärdernas syfte. Båda tolkningar utgår från att ett personligt särdrag inte får leda till olika behandlingar medan den mer strikta tolkningen skulle berättiga särbehandling för utjämnande av faktiska olikheter t.ex. mellan kvinnor och män. Enligt den nuvarande tolkningen kan särbehandling alltså motiveras med ett legitimt (icke-specificerat) syfte.

²¹⁶ *Abdulaziz*. Även om konventionstexten använder ordet ”sex” har domstolen börjat använda ”gender” istället som ersättande begrepp. ”In recent judgements, the Court has spoken of discrimination on the basis of ’gender’ when it was quite clearly referring to discrimination attributable to the sex of the applicants”. Schabas 2015, s. 575.

²¹⁷ *Timishev v Russia*, 13.12.2005 §58.

²¹⁸ Se t.ex. *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* 21.12.1999, *SL v Austria* 9.1.2003 och *Karner v Austria* 24.7.2003.

²¹⁹ Schabas 2015, s. 574, White&Ovey 2010, s. 561-562.

²²⁰ White&Ovey 2010, s. 562-563.

²²¹ *Andrejeva v Latvia*, 18.2.2009, White&Ovey 2010, s. 563.

²²² *Stec and others v the United Kingdom* (12.4.2006), §52.

²²³ White&Ovey 2010, s. 564, *Stec and others v the United Kingdom*, 12.4.2006, §52.

ett godtagbart mål.²²⁴ Bredden av den godtagbara tolkningsmarginalen för staten (och därmed tröskeln för de godtagbara grunderna) varierar beroende på de de facto omständigheterna, ämnet och dess bakgrund.²²⁵

För att utreda om en handling bryter mot artikel 14 måste domstolen avgöra om sökandena i ärendet skäligen kan jämföras med en annan, mer gynnad grupp. Som redan ovan konstaterats måste de jämförda situationerna inte vara identiska utan endast relativt lika (en. ”relevantly similar”). Jämförelsetestet bidrar till att avgöra huruvida det mindre gynnsamma bemötandet kan basera sig på någon av diskrimineringsgrunderna (och inte någon annan faktor). Partens och den mer gynnade gruppens situationer måste vara likartade i alla väsentliga avseenden för att ordentligt kunna hävda att skillnaden i bemötandena beror på en av de nämnda diskrimineringsgrunderna. Uppenbarligen måste parterna också visa att de de facto har blivit bemötta ogynnsamt. Särbehandling är diskriminerande ifall den inte kan rättfärdigas med objektiva och skäliga grunder.²²⁶

Exempel på icke-jämförbara situationer är äkta makar eller makar i ett registrerat partnerskap och syskon inom arvs- och gåvobeskattningsrelaterade frågor – Grand Chamber i Europadomstolen ansåg att relationerna till sin natur var så olika att skattefri överlåtelse av egendom vid dödsfall av den andra parten inte borde tillåtas för syskon, även om detta var möjligt för äkta makar.²²⁷ Situationerna ansågs inte heller tillräckligt lika för bl.a. veterinärer och tandläkare respektive advokater som var förpliktade att (i viss mån) göra arbete pro bono. Domstolen ansåg att yrkena till sin karaktär och uppbyggnad var alltför olika.²²⁸

Det har visat sig relativt utmanande att urskilja den rätta jämförelsegruppen. I enskilda fall kan det t.o.m. vara slumpmässigt vem eller vilka fastställs som jämförelsegrund och särskilt i diskrimineringsfall kunde det därför löna sig att istället fokusera på den skada som orsakas, baserar sig särbehandlingen t.ex. på fördomar eller stereotypier?²²⁹

²²⁴ White&Ovey 2010, s. 560, *Andrejeva* punkt 86, *Abdulaziz* punkt 78-79. I *Abdulaziz* konstaterade domstolen t.ex. att diskriminering för att skydda den nationella arbetsmarknaden inte var ett tillräckligt viktigt syfte för att rättfärdiga särbehandling pga. kön.

²²⁵ White&Ovey 2010, s. 561

²²⁶ *Burden v. UK*, punkt 60. Se även *Stec* punkt 51-52, White&Ovey 2010, s. 558.

²²⁷ *Burden v. UK*

²²⁸ *Van der Musselle v. Belgium*, p. 46.

²²⁹ Rantala 2016, s. 15.

Utmaningen med jämförelsekriteriet kan exemplifieras med t.ex. fallet *Hämäläinen* från år 2014. *Hämäläinen* var transkvinna som ville få en ny personbeteckning, de andra angelägenheterna fick bli som de var. De finska myndigheterna nekade detta pga. att hennes fru inte samtyckt till detta (vid tidpunkten krävde translagen även samtycke av den gifta maken eftersom samkönade äktenskap inte var tillåtna). På grund av sin religiösa övertygelse vägrade paret att skilja sig eller konvertera sitt äktenskap till ett registrerat parförhållande. Frun skulle även ha varit tvungen att åta sig en identitet (lesbisk) som hon inte kände var rätt. Högsta förvaltningsdomstolen i Finland vägrade att granska fallet (vilket i och för sig också kritiserats) men konstaterade ändå att statens tolkningsmarginal inte överskridits. Europadomstolens Grand Chamber kom däremot till den slutsatsen att diskriminering inte skett eftersom situationen inte i tillräckligt hög grad kunde jämföras med någon annan situation. Det verkar dock oerhört svårt att hitta på en situation där ett äkta pars förhållanden skulle ändras (t.ex. på grund av sjukdom) på ett sådant sätt att staten skulle kunna åta sig rätten att intervensera i situationen och ålägga villkor till äktenskapet eller dess fortsättning.²³⁰

Alla typer av särbehandling är därmed inte diskriminering, men tröskeln för godtagbar motivering varierar och ska bedömas in casu. För att inte anses diskriminerande måste särbehandlingen alltid eftersträva ett legitimt mål och dessutom måste de åtgärder som vidtagits vara i rimlig proportion till syftet.²³¹ För proportionalitetsbedömningen är det viktigt att granska bl.a. ifall samma resultat kunde ha nåtts med andra tillvägagångssätt eller medel.²³² Ifall diskriminering sker indirekt (se nedan) och på basis av t.ex. myndighetspraxis i stället för lagstiftning behöver domstolen inte urskilja proportionalitet eller ett legitimt syfte.²³³ Den avtalsslutande staten har alltså en viss tolkningsmarginal i bedömningen av huruvida skillnaderna i två likartade fall rättfärdigar olika bemötanden.²³⁴

Även indirekt diskriminering faller inför tillämpningsområdet för artikel 14. Med indirekt diskriminering avses åtgärder, principer eller krav som tillsynes är neutrala men som till exempel förorsakar menliga effekter för en individ eller som inte reellt kan

²³⁰ Rantala 2016, s. 22-23, *Hämäläinen* p. 13-18 och 101-102.

²³¹ Schabas 2015, s. 564, hänvisar till bl.a. *D.H. and others v. the Czech Republic*, *Clift v. the United Kingdom* och *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*.

²³² Schabas 2015, s. 565.

²³³ Schabas 2015, s. 566.

²³⁴ *Burden v UK*, punkt 60. Se även *Stec* punkt 51-52.

uppnås av en viss grupp men nog av alla övriga.²³⁵ Ett exempel på indirekt diskriminering är längdkrav för ett visst jobb, vilket eventuellt kunde inverka menligt för kvinnors möjligheter att sysselsätta sig.²³⁶

Det är också viktigt att särskilja vilka typers särbehandling som de facto anses som ”diskriminerande” - att förbjuda alla olikheter kunde leda till oskäligen resultat.²³⁷ Särbehandlingen kan även syfta till att gynna mindre privilegierade personer eller grupper och utjämna faktiska ojämlikheter (positiv särbehandling).²³⁸ Så kallad positiv särbehandling utgör inte diskriminering, medan underlåtelse att jämnar sådana olikheter kan ge upphov till ett brott under artikel 14.²³⁹ Ifall endast vissa typer av olikheter förbjuds ska uppmärksamhet fästas vid vilka grunderna till detta är: jämlikhetsprincipen kan anses ha överträtts ifall särbehandlingen inte kan berättigas på jämlika och objektiva grunder.²⁴⁰ Positiv särbehandling är motiverat ifall det finns ett legitimt syfte till vilket särbehandlingsåtgärderna står i skäligen proportion.²⁴¹

I sin praxis har Europadomstolen fastställt att särbehandling är rättfärdigat ifall det eftersträvar ett legitimt syfte som härrör från ett allmänt intresse och åtgärderna för särbehandlingen är i rimligen proportion till syftet. Det måste alltså finnas ett orsakssamband mellan handlingen och syftet.²⁴² För proportionalitetsbedömningen är det viktigt att granska bl.a. ifall samma resultat kunde ha nåtts med andra

²³⁵ White&Ovey 2010, s. 559, Schabas 2015, s. 568, *Belgian linguistics case*, 23.7.1968, *DH and others v Czech Republic*, 13.11.2007 (härmad *DH*).

²³⁶ Schabas 2015, s. 572.

²³⁷ Den franska versionen av konventionstextens ”utan någon åtskillnad såsom på grund av..” är formulerat mycket generellt (”sans distinction aucune”), vilket skulle förbjuda alla skillnader. Alla administrativa eller juridiska normer som inte säkerställer absolut jämlikhet i samhället skulle därefter leda till ett brott mot konventionsbestämmelserna. Domstolen har därmed hävdatt att även den franska texten ska läsas i ljuset av den engelska, mer restriktiva versionen (”without discrimination”). Schabas 2015, s. 565.

²³⁸ Fallet *Stec* handlade om olika pensionsåldrar för kvinnor respektive män. För att utjämna de faktiska olikheterna bland könen (dvs. att kvinnor i regel spenderade mera tid än män borta från arbetslivet för att t.ex. sköta barn och hade därmed sämre möjligheter att samla de nödvändiga arbetsåren för pensionsförmåner) hade de brittiska myndigheterna utsatt kvinnor för positiv särbehandling. Då myndigheterna hade haft en tydlig plan och motiveringar för stegvis balansering till slutligen jämlika pensionsåldrar ansåg domstolen att Stor-Britannien handlat inom sin tolkningsmarginal. White&Ovey 2010, s. 562.

²³⁹ Schabas 2015, s. 566, se även *Stec*.

²⁴⁰ White&Ovey 2010, s. 549-550.

²⁴¹ White&Ovey 2010, s. 549-550, Schabas 2015, s. 565.

²⁴² *Grandrath v. Germany*, White&Ovey 2010, s. 550.

tillvägagångssätt eller medel.²⁴³ Så som ovan konstaterats är alla typer av särbehandling inte diskriminering men tröskeln för godtagbar motivering varierar och ska bedömas skilt för var situation.²⁴⁴

Den avtalsslutande staten har alltså en viss tolkningsmarginal i bedömningen av huruvida skillnaderna i två likartade fall rättfärdigar olika bemötanden. Tolkningsmarginalen är ofta bred för bl.a. reglering av ekonomiska eller samhälleliga angelägenheter (se kapitel 4.3.2 för mer).²⁴⁵ Syftets rättfärdighet har enligt rättspraxis haft en relativt låg tröskel och bl.a. sparande av offentliga medel har ansetts som ett godtagbart syfte.²⁴⁶ I *Abdulaziz, Cabales och Balkandali v. UK (Abdulaziz)* konstaterade domstolen t.ex. att diskriminering för att skydda den nationella arbetsmarknaden inte var ett tillräckligt viktigt syfte för att rättfärdiga särbehandling pga. kön.²⁴⁷

Även om Europadomstolen i allmänhet utgått från beviskrav bortom rimligt tvivel (en. beyond reasonable doubt) avviker tillämpningen av uttrycket från den normala straff- eller processrättsliga terminologin. Detta beror på att domstolen i sin praxis inte avgör skuld- eller civilansvarsfrågor utan statsansvar. I *DH* konstaterade domstolen dessutom att den använder sig av fri bevisvärdering.²⁴⁸

För artikel 14 gäller i huvudsak delad bevisbörda. White & Ovey utgår från att den sökande måste bevisa att särbehandling de facto skett medan staten ansvarar för att bevisa att särbehandlingen skett med godtagbara grunder.²⁴⁹ Därutöver hävdar Schabas att den sökande kan bli tvungen att uppvisa någon typ av prima facie – bevis ifall diskrimineringen (utförd av myndigheterna och på basis av en förbjuden grund) även innefattat förnedrande behandling i den bemärkelse som avses med förbudet mot tortyr.²⁵⁰ Det finns ingen officiell bevisbörda eller bekräftade bevisregler, vilket antyder

²⁴³ Om diskriminering sker indirekt (nedan) och på basis av t.ex. myndighetspraxis i stället för lagstiftning behöver domstolen inte urskilja proportionalitet eller ett legitimt syfte. Schabas 2015, s. 565-566.

²⁴⁴ Schabas 2015, s. 564, hänvisar till bl.a. *D.H.*, *Clift* och *Sejdic*.

²⁴⁵ *Burden v United Kingdom*, 29.4.2008, rad 60. Se även *Stec* p. 51-52.

²⁴⁶ *White&Ovey* 2010, s. 560, *Andrejeva v Latvia*, 18.2.2009 §86.

²⁴⁷ *Abdulaziz, Cabales och Balkandali v United Kingdom*, 28.5.1985, p. 78-79.

²⁴⁸ I *DH* konstaterade domstolen följande: "The Court adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions. According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact", Schabas, 2015, s. 570 och *DH* §178.

²⁴⁹ *White&Ovey* 2010, s. 566 och *Stec*.

²⁵⁰ Schabas, 2015, s. 570, EKMR, art. 3.

att domstolen har fri bevisteori.²⁵¹ Detta är fallet även om konventionen inte kräver en ”gynnsam” behandling åt någon överhuvudtaget.

Bevisbördan kan i vissa fall påföras i sin helhet till medlemsstaten. Detta kan motiveras t.ex. då endast medlemsstaten i verkligheten kan framlägga bevis eller då den sökande avlidit i häktet. Då ärendet handlar om indirekt snarare än direkt diskriminering har tröskeln för beviskraven varit lägre.²⁵² Enligt White & Ovey:s tolkning²⁵³ kan statistik räcka som minimibevis (det som krävs av sökanden), men det ska inte tolkas som en absolut nödvändighet. Schabas²⁵⁴ har däremot hävdad att domstolen *inte* varit särskilt nöjd med endast statistiska bevis.

I diskrimineringsfallen har de faktiska omständigheterna betonats. I t.ex. *DH* betonade domstolen den systematiskt dåliga behandlingen av romer. Minoriteter är i behov av särskilt och kollektivt skydd vilket också syns i rättspraxisen. I motiveringarna krävs nödvändigtvis inte endast ett centralt fall eller specifika individuella grunder om det är möjligt att bevisa att en viss grupp systematiskt och (som i *DH*) på segregerade grunder särbehandlas. En sådan kollektiv syn på ett fall kan eventuellt påverka även andra typer av fall inom domstolens arbetsområde.²⁵⁵

Utmaningarna med artikel 14 är fastställandet av definitionen för objektiv och försvarlig grund, tillräcklig likhet mellan två situationer samt möjligheten till kollektiv tillvägagångssätt gällande vissa diskrimineringsgrunder.²⁵⁶

²⁵¹ White&Ovey 2010, s. 566, se även *Stec*. Till exempel kan statistik räcka som det minimibevis (som krävs av sökanden), men det ska inte tolkas som nödvändigt.

²⁵² Schabas 2015, s. 570-572.

²⁵³ Se även White&Ovey 2010, s. 566.

²⁵⁴ Schabas 2015, s. 572, hänvisar till *Zarb Adami v. Malta* och *Hugh Jordan v. the United Kingdom*.

²⁵⁵ White&Ovey 2010, s. 564-565

²⁵⁶ White&Ovey 2010, s. 568.

3.4.3 Tillämpligheten av könsbekräftande åtgärder

Tillämpligheten av artikel 14 i transfrågan eller steriliseringskravet är i sig en relativt otvetydig fråga – diskrimineringsgrunden är ju *kön*. Europadomstolen har tydligt också fastställt könsbyte som en av diskrimineringsgrunderna.²⁵⁷ Könsidentitet kan dessutom anses som en ”inherent ground” varav avvikelser kräver särskilt tunga orsaker och starka motiveringar pga. att den olägenhet som orsakas ofta är särskilt allvarlig och nedsättande för personen i fråga.²⁵⁸ Dessutom ingår skyddet för könsidentiteten och den fysiska integriteten i artikel 8 och således uppfylls även substanskriteriet. Särbehandlingen förverkligas i och med att ingen annan grupp har i den finska lagstiftningen nekats rätten till biologiska barn, för att inte tala om de utmaningar som transpersoner möter jämfört med cis-personer exempelvis i arbetslivet eller vardagen.

Frågan om den relativa likheten (jämförelsekriteriet) mellan transpersoners situation och situationen för en jämförelsegrupp är dock svår att diskutera i och med att domstolen rätt ofta totalt förbisett jämförelsediskussionen i sina fall, sammanfogat argumentationen i diskussionen om särbehandlingens berättigande (objektivitetskriteriet) eller uteslutit granskningen av artikel 14 i sin helhet då ett brott mot en substansartikel funnits.²⁵⁹ Detta kunde mycket möjligen vara fallet även i en finsk transfråga i Europadomstolen. I och med att särbehandling på basis av könsidentitet, könsuttryck eller de fysiska egenskaper som beskriver könet (t.ex. graviditet) numera anses som könsdiskriminering blir jämförandet ännu svårare och den traditionella kvinna-man-automationen väjer.²⁶⁰ I Finland ska jämförelsen enligt diskrimineringslagen göras ”i relation till en person för vilken den aktuella omständigheten inte gäller”, vilket i frågor gällande diskriminering av transpersoner skulle innebära jämförelse till en person som *inte* är trans.²⁶¹ Även Kammarrätten kan antas ha åtagit sig denna tolkning då den kortfattat konstaterade följande: ”kravet på sterilisering [riktar sig] enbart till transsexuella personer. Att ställa upp ett så ingripande krav *för en viss grupp* innebär att könstillhörighetslagens krav även måste anses stå i

²⁵⁷ Se t.ex. *P.V. v. Spain*. Se även Jokela 2015, s. 75, Rantala 2016, s. 9, och Schabas 2015, s. 573 och 583.

²⁵⁸ Se närmare s. 53 för ”inherent ground”.

²⁵⁹ Van Dijk 2006, s. 1036.

²⁶⁰ Rantala 2016, s. 15.

²⁶¹ RP 19/2014 rd (Regeringens proposition till riksdagen med förslag till diskrimineringslag och vissa lagar som har samband med den) s. 127 §7, Rantala 2016, s. 15.

strid med diskrimineringsförbudet i Europakonventionens artikel 14”.²⁶² På basis av det ovannämnda går det inte att med säkerhet fastställa att jämförelsekriteriet i domstolsgranskning skulle uppfyllas, även om jämförelse i sig borde vara relativt enkelt att utföra (trans v. icke-trans). Dock kan jämförelse som ovan konstaterats förbli irrelevant för fallets utgång ifall brott mot en annan artikel fastställs.

Eventuellt det viktigaste kriteriet är objektivitetskriteriet, dvs. huruvida diskrimineringen kan rättfärdigas. Medlemmar till EKMR har enligt diskrimineringsförbudet skyldigheten att behandla personer i analoga situationer lika respektive personer i olika situationer olika. Enligt Europadomstolen är särbehandlingen diskriminerande ifall det inte kan rättfärdigas med en objektiv och försvarlig grund, ifall det inte har ett legitimt syfte och ifall relationen mellan syftet och åtgärderna inte är rimlig eller proportionerlig.²⁶³

I *Pretty* gällde frågan en funktionsnedsatt persons rätt att kräva assisterat självmord (eutanasi). En uttrycklig ”rätt till självmord” kan knappast fastställas, dock kan det härledas från rätten till fysisk självbestämmande och kroppslig autonomi, vilket omfattas av skyddet för privatliv i enlighet med artikel 8. De jämförda människogrupperna var personer med respektive personer utan funktionshinder. Sökanden, Diane Pretty menade att diskrimineringsgrunden i fallet var hennes handikapp – ”friska” människor kunde genom självmord välja när och hur de dog medan hon med tetraplegi (totalförlamning från nacken neråt) inte kunde göra det. Inte heller kunde hon låta sin make utföra det utan risken för åtal. Domstolen ansåg dock att förutom statens tolkningsmarginal i frågan om vad utgör tillräckligt lika (jämförbara) situationer finns det ett legitimt syfte med att i lagen inte särskilja mellan de som är respektive inte är kapabla att begå självmord eller att göra det självständigt (utan hjälp). En sådan särskiljande skulle för det första vara mycket svår att fastställa och kunde för det andra äventyra det allmänna skyddet för liv eller öka risken för missbruk. Kravet avslogs.²⁶⁴

Som redan konstaterats kan transpersoner anses bli utsatta för särbehandling i och med att de pga. sin könsidentitet påtvingas genomgå sterilisering. Om man utgår från samma

²⁶² Kammarrätten, mål 2012-1968 s. 3/9. Egen kursiv.

²⁶³ *Belgian linguistics case*, p. 41. Se även Van Dijk 2006, s. 1041–1042.

²⁶⁴ *Pretty*, p. 86-89. Se även Van Dijk 2006, s. 1041–1042.

fynd som fastställts i kapitlet om artikel 8, finns inga tydliga syften eller legitima mål som steriliseringslagstiftningen ämnar nå – det verkar som om den innersta målsättningen skulle härstamma från könsnormativitet och den traditionella kärnfamiljsmodellen.²⁶⁵ Som redan konstaterats är dessa dock inte hållbara eller proportionella argument då grundläggande mänskliga rättigheter står på spel.²⁶⁶ Avsaknaden av tydliga mål försvårar även de de facto möjligheterna att göra en reell eller utförlig granskning om huruvida relationen mellan åtgärden och syftet är skäligt eller proportionerligt. Ifall man antar att syften är de sagda (könsbinarism, upprätthållandet och eller konsistensen av befolkningsregistren eller tryggheten av hälsan hos transpersoner) förblir proportionalitetsbedömningen den sista frågan som bör lösas. Både skäligheten och proportionaliteten mellan de samhälleliga intressen och individens rättigheter har redan diskuterats i samband med artikel 8 och starka argument finns mot kravet, bl.a. transpersoner utsätts för en omöjlig situation där de måste välja emellan två mycket fundamentala rättigheter (fysisk integritet eller könsidentiteten).

Utgående från det ovannämnda kan man inte anse att det förevisats sådana *ytterst tunga orsaker* som en ”inherent ground” skulle förutsätta för att kvarhålla steriliseringskravet. Transpersoner blir särbehandlade på grund av sitt kön och de kan jämföras med människor som inte begränsas i relation till sin familjebildning. Situationen skulle dock kräva ställningstagande av t.ex. Europadomstolen och mer utförlig granskning av tolkningen och tillämpningen av artikel 14, i synnerhet i relation till skyddet av privatliv.²⁶⁷ Hela diskussionen kompliceras ytterligare av den könsnormativa paradox som präglar det finska rättssystemet: Diskrimineringslagstiftningen fastställer att skillnaden mellan könen är och ska vara juridiskt obetydlig samtidigt som rätten utgår från att det är naturligt och t.o.m. nödvändigt att tänka att det finns två (motsatta) kön.²⁶⁸

Transfrågan torde slutligen granskas på basis av vissa allmänna tolkningsprinciper: Vilka är de särskilda omständigheterna (in casu) och hurudan tolkningsmarginal har staten i ett dylikt fall? Hur tjänar steriliseringsvillkoret respektive upphävandet av det förverkligandet av syftet av EKMR?

²⁶⁵ RP 56/2001 rd, s. 14, Jokela 2015, s. 86-87.

²⁶⁶ Jokela 2015, s. 86-87.

²⁶⁷ Jokela 2015, s. 94-96.

²⁶⁸ Rantala 2016, s.16, hänvisar till Nousiainen 1998, s. 1021-1025.

4 Medlemsstaternas tolkningsmarginal

4.1 Tolkningsprinciperna

Internationella överenskommelser överlag innehåller ofta tvetydiga eller svårigen översatta termer i och med att de ofta upprättats som ett resultat av politiska förhandlingar och kompromisser. Domstolar, både internationella och nationella blir således alltid tvungna att till viss mån tolka konventionsbestämmelserna. Eftersom EKMR uppgjorts för förutom mellanstatliga förhållanden också för relationen mellan medlemsstaten och individer borde konventionen ha beretts så exakt som möjligt. Konventionen karaktäriseras dock av mycket allmänna bestämmelser och begrepp. Detta gör konventionen flexibel och möjliggör beaktandet av bl.a. samhälleliga förändringar även om domstolarnas arbete samtidigt försvåras.²⁶⁹

Den europeiska människorättskonventionen ger uttryckligen ringa vägledning om tolkningen, inte heller domstolens procedurregler. Domstolen har dock med sin rättspraxis bekräftat vissa riktlinjer. Dessa baserar sig dels på de allmänna tolkningsprinciperna för internationella överenskommelser, dels på allmänna principer för lagtolkning i allmänhet. Domstolen har även utvecklat sin egen tolkningspraxis som till stora delar består av en kombination av de två förutnämnda principalsammansättningarna men också domstolens egna ”metoder”. Detta innebär att domstolen egentligen använder sig av en hybrid ”approach” i sin tolkning, något som skiljer sig från många ”konventionella” internationella överenskommelsers tolkningssätt. Enligt artikel 32.1 i EKMR är Europadomstolen behörig i alla frågor som rör tolkningen och tillämpningen av konventionen och protokollen till denna, alltså har medlemsstaterna befullmäktigat domstolen med en relativt bred jurisdiktion. Domstolen tolkar konventionen (eller väljer tolkningsmetod) således självständigt.²⁷⁰

EKMR är ett allmänt internationellt avtal och tolkas i första hand i ljuset av de allmänna principerna för internationella överenskommelser kodifierade i Wienkonventionen om traktaträtten (WK).²⁷¹ Detta bekräftades i bl.a. *Golder v. UK* där domstolen konstaterade följande:

²⁶⁹ Koivu 2015, s. 164.

²⁷⁰ EKMR, art. 32.1, Koivu 2015, s. 164–171.

²⁷¹ Se t.ex. Pellonpää, 2012, s. 284, Schabas, 2015, s. 34–35, White&Ovey, 2010, s. 65.

“The Court is prepared to consider [...] that it should be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties. That Convention [...] will not be retroactive, but its Articles 31 to 33 enunciate in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion. In this respect, for the interpretation of the European Convention account is to be taken of those Articles subject, where appropriate, to “any relevant rules of the organization.”²⁷²

I enlighet med WK bör domstolen beakta rättspraxis, vetenskapliga texter och andra relevanta internationella normer och principer och, såtillvida det är möjligt, tolka konventionen i samklang med de internationella regleringar den kan anses vara del av.²⁷³ Därutöver kan bl.a. ändamålsenlighetsprincipen, effektivitet och autonomiprincipen härledas från de ovannämnda artiklarna.²⁷⁴ Det är skäl att anmärka att det inte finns någon hierarki bland tolkningsprinciperna utan varje fall ska tolkas in casu.²⁷⁵ Domstolen har även rätt att välja vilken tolkningsprincip som blir avgörande i ett specifikt fall.²⁷⁶

Enligt ändamålsenlighetsprincipen ska begreppen i konventionstexten tolkas i dess ordinarie ordalydelse och i enlighet med deras ändamål och syfte.²⁷⁷ Eftersom EKMR uppehåller rättigheter för *individer* (inte mellanstatliga förhållanden) skulle det inte vara förenligt med ändamålsenlighetsprincipen att konventionsbestämmelserna tolkades restriktivt för att inte rubba statssuveräniteten eller att oklara fall avgjordes på basis av den tolkningsmetod som minst begränsar statens handlingsfrihet.²⁷⁸ Då valet av konventionsspråket kunde inverka på tolkningen har domstolen valt att tolka fallet i

²⁷² *Golder v. UK (Golder)*, punkt 29.

²⁷³ De centrala källorna är internationella överenskommelser, sedvanerätt och allmänna principer (inklusive jus cogens i detta sammanhang). Sådana internationella överenskommelser som konventionen kan anses vara i samklang med och som domstolen i sin praxis också hänvisat till är bl.a. Barnkonventionen, ramkonventionen om skydd för de nationella minoriteter och Genevekonventionen ICJ stadga, art. 38.1, WK art. 31.3, *Medvedyev and others v. France*, *Saadi v. UK*. Se även Koivu 2015, s. 166 och Schabas 2015, s. 37-42.

²⁷⁴ WK, art. 31-33. Autonomiprincipen kan i viss mån härledas från Wienkonventionen, dock kan den även anses som något som utformats ytterligare i Europadomstolens praxis. Koivu 2015, s. 187.

²⁷⁵ WK, art. 31-33, White&Ovey 2010, s. 65-66, Schabas 2015, s. 45. Sekundära principer är bl.a. förarbetenas betydelse och de officiella språkens jämlika autenticitet, som dock inte kommer att diskuteras ytterligare i detta sammanhang.

²⁷⁶ WK, art. 31-33, White&Ovey 2010, s. 65-66, Schabas 2015, s. 45. Sekundära principer är bl.a. förarbetenas betydelse och de officiella språkens jämlika autenticitet, som dock inte kommer att diskuteras ytterligare i detta sammanhang. Koivu 2015, s. 171-172.

²⁷⁷ WK, art. 31.1. Se även t.ex. White&Ovey 2010, s. 66 och Pellonpää 2012, s. 285.

²⁷⁸ Pellonpää 2012, s. 285. Hänvisar till Wemhoff, där domstolen fastställde den tolkningssätt som för den sökande skulle vara mest gynnsam. Se även White&Ovey 2010, s. 72

enlighet med det språk och den konventionstext som är mest gynnsam för den sökande.²⁷⁹

Europeiska människorättskonventionen är en kollektiv skyddsmekanism för de mänskliga rättigheterna och ska därmed tolkas och tillämpas så att medlen för konventionsrättigheternas förverkligande är praktiska och effektiva (effektivitetsprincipen).²⁸⁰ Från dessa medel åtskiljs förutom de praktiska och effektiva tillvägagångssätten också de teoretiska eller illusoriska sätten. I *Airey* konstaterade domstolen t.ex. under artikel 6 om rätten till en rättvis rättegång att den sökande inte hade en realistisk möjlighet att genomföra sitt mål, endast en teoretisk sådan då ingen rättshjälp fanns tillhanda och inga hinder fanns för den sökande att själv föra målet till domstol.²⁸¹ Effektivitetsprincipen kan också karaktäriseras som motsatsen till strikt tolkning i och med att den bidrar till att försäkra att konventionsrättigheterna inte förblir illusoriska.²⁸²

Effektivitetsprincipen har i vissa fall medfört staten (ytterligare) positiva skyldigheter utöver den faktiska konventionstexten. I exempelvis *Soering* ansåg domstolen det nödvändigt att ta ställning till ärendet även om det endast handlade om en potentiell kränkning av de mänskliga rättigheterna.²⁸³ Enligt huvudregeln kan domstolen endast ta ställning till verkliga händelser och brott som redan begåtts.²⁸⁴ Domstolen konstaterade ytterligare att tolkningen ska vara enlig med "the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society".²⁸⁵ Effektivitetsprincipen är en av de principerna som eventuellt har den bästa möjligheten att förstärka skyddet för de mänskliga rättigheterna överlag.²⁸⁶ De allmänna principerna för lagtolkning som Europadomstolens även tagit till sig är de principer som också erkänts av medlemsstaterna, exempelvis legalitetsprincipen.

²⁷⁹ Pellonpää 2012, s. 286.

²⁸⁰ *Soering v. UK*, punkt 87.

²⁸¹ *Airey v. Irland*, punkt 24.

²⁸² Schabas 2015, s. 50.

²⁸³ *Soering*, punkt 90.

²⁸⁴ *Soering*, punkt 90. Pellonpää 2012, s. 286

²⁸⁵ *Soering*, punkt 87.

²⁸⁶ Koivu 2015, s. 202.

Förutom de ovannämnda principerna utmärkas domstolens praxis av dess egna tolkningskonstruktioner, varav den evolutiva eller dynamiska teorin är ett.²⁸⁷ Med detta avses domstolens roll att även fungera som vägledare för rättspraxisen inom de mänskliga rättigheterna. Konventionen baserar sig stort sett på den allmänna förklaringen som ansågs som en gemensam standard vid upprättandetidpunkten. Avsikten var att skapa vissa ramar för rättigheternas utveckling snarare än en strikt kodifiering.²⁸⁸

Domsluten av Europadomstolen har i allmänhet varit sammanhängande. Domstolen har dock ingen explicit skyldighet att följa den tidigare praxisen ifall det finns motiverade skäl.²⁸⁹ I *Tyrer* konstaterade domstolen bl.a. att EKMR är *ett levande instrument* som ”must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field.”²⁹⁰ Detta har förtydligats i bl.a. fallet *Cossey*, där domstolen noterade att enighet och logik gynnar rättssäkerhet och domstolens utveckling men ska inte hindra nya beslut ifall orsaken för avvikelse är övertygande: ”Such a departure might [...] be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions.”²⁹¹

Den dynamiska teorin är tydlig i tolkningarna gällande den europeiska moraluppfattningen, inklusive fall förknippade med sexuella minoriteter och transkönade: Till exempel lämnades fall gällande kriminalisering av homosexuellt umgänge utan prövning (eller förföll) på 1950-talet, medan innehållsmässigt motsvarande fall på 1980-1990-talen resulterade i dömande domslut oberoende av att de relevanta konventionsrättigheterna däremellan inte förändrats. Domstolen ska därmed inte utgöra ett hinder för rättens utveckling i samband med samhällsutvecklingen.²⁹²

Domstolen har ibland använt varierande begrepp, t.ex. ”framväxande konsensus”, då den syftat på konventionens karaktär som ett levande instrument. I *Goodwin* använde

²⁸⁷ Se t.ex. White&Ovey 2010, s. 64-72, Schabas 2015, s. 47-48 eller Pellonpää 2012, s.289

²⁸⁸ Schabas 2015, s. 48.

²⁸⁹ *Cossey v UK*, punkt 35. Se även Schabas 2015, s. 46-47.

²⁹⁰ *Tyrer v UK*, punkt 31.

²⁹¹ *Cossey*, punkt 35.

²⁹² Pellonpää 2012, s. 289-290. Pellonpää påpekar också att pga. domstolens dynamiska karaktär kan förarbeten till konventionen endast ges en begränsad betydelse (s. 290).

sig domstolen av sådana varierande lingvistiska element för att betona den pågående förändringen gällande en viss rättighet:

Already at the time of the Sheffield and Horsham case, there was an *emerging consensus* within Contracting States [...] on providing legal recognition following gender re-assignment [...] The Court accordingly attaches less importance to the lack of a common European approach to the resolution [...] than to the clear and uncontested evidence of *a continuing international trend* in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals.²⁹³

En annan faktor som domstolen inom ramen för den dynamiska teorin kan beakta är betydelsen av rättsjämförelse. Rättsjämförelsemetoden kan bidra med väsentlig information gällande samhället i fråga (Europa) och därmed medverka till att en kränkning i t.ex. en medlemsstats lagstiftning upptäcks. Rättsjämförelse ska dock inte tillämpas mekaniskt så att en minoritet automatiskt skulle pga. sin åsikt anses kränka en konventionsbestämmelse: Domstolen fann t.ex. inte ett brott i den irländska lagstiftningen som kriminaliserade skilsmässa, även om denna kutym tydligt var unik i Europa.²⁹⁴

Att rättsjämförelse använts trots att fallet inte skulle ha resulterat i ett dömande dom kan även fungera som en varning för medlemsstaten.²⁹⁵ Ett exempel på en sådan dynamisk tolkning är Stor-Britanniens translagstiftning: Inget brott befanns i varken *Rees* (1986) eller *Cossey* (1990) men domstolen konstaterade att staten måste noggrant avväga behovet av ändringar i sin lagstiftning för att skydda transpersoner.²⁹⁶ I *Rees* konstaterades därtill följande: "the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer. The Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances".²⁹⁷ Några år senare konstaterade domstolen i ett motsvarande fall att inga (lagstiftnings) åtgärder tilltagits och slutligen, efter dessa "varningar" och avsaknaden av några åtgärder av Stor-Britannien befanns ett brott mot artikel 8 i fallet *Goodwin* år 2002.²⁹⁸ Det europeiska samhället har dessutom under dessa år gått mot en mer allmän social acceptans för

²⁹³ *Goodwin*, p. 84-85. Se även Koivu 2015, s. 206. Egna kursiv.

²⁹⁴ *Johnston v. Ireland*, Pellonpää 2012, s. 297.

²⁹⁵ Pellonpää 2012, s. 297.

²⁹⁶ *Rees* punkt 47 och *Cossey* punkt 42. White&Ovey 2010, s. 73.

²⁹⁷ *Rees* punkt 47.

²⁹⁸ Pellonpää 2012, s. 297, *Sheffield och Horsham v. UK*, punkt 60, *Goodwin v. UK*.

transpersoner och därmed kunde Stor-Britannien inte längre påstå att ärendet skulle falla inom dess tolkningsmarginal.²⁹⁹

Med principen om autonoma begrepp (autonomiprincipen) avses att de i konventionstexten nämnda begreppen har en självständig (autonom) mening som inte nödvändigtvis är överensstämmande med innebörden för motsvarande begrepp i den nationella rätten. Autonomiprincipen är av betydelse då en bokstavlig tolkning skulle strida mot konventionens ändamål och syfte eller då begreppen har totalt avvikande innebörd i ett annat språk. Principen bidrar även till den dynamiska teorin i och med att den stöder utvecklingen av en gemensam europeisk människorättstradition, som igen är förknippat med värden i ett demokratiskt samhälle. Dessa värden är dock kontinuerligt i förändring.³⁰⁰

Den sista av tolkningsprinciperna som Europadomstolen skapat med sin praxis är MoA-doktrinen, dvs. medlemsstaternas tolkningsmarginal i vissa frågor och med vissa begränsningar. Doktrinen kommer att behandlas i detalj nedan (kap. 4.3), men kortfattat kan vid det här skedet konstaterats att den ursprungligen uppkommit genom fall där medlemsstaterna på grund av en allmän nödsituation ansåg att de hade rätt att avvika från EKMR.³⁰¹

Avslutningsvis kan konstateras att fokusen i tolkningen ligger vid ändamålsenlighetsprincipen – både de andra principerna och rättspraxisen tycks stöda denna syn. Domstolen följer i regel sina tidigare beslut ifall det inte finns motiverade grunder för att avvika från dessa.³⁰² Enligt White & Ovey är ändamålsbundenheten och den evolutiva teorin tolkningens ledstjärnor medan Pellonpää hävdar att den sistnämnda kunde t.o.m. vara mer betydande än den ursprungliga meningen eller syftet av konventionen.³⁰³ Domstolen är åtminstone till viss del förbundet till rättskulturen i Europa, dock ska den evolutiva eller dynamiska teorin inte användas för att utvidga domstolens jurisdiktion eller åta någon roll som lagstiftare.³⁰⁴

²⁹⁹ Goodwin punkt 93.

³⁰⁰ Pellonpää 2012, s. 287.

³⁰¹ Koivu 2015, s. 189.

³⁰² Se t.ex. Schabas 2015, s. 46-47, White&Ovey 2010, s. 64 och Pellonpää 2012, s. 291.

³⁰³ Se t.ex. White&Ovey 2010, s. 64 och Pellonpää 2012, s. 291.

³⁰⁴ Se t.ex. White&Ovey 2010, s. 72 och Pellonpää 2012, s. 291-294.

4.2 Medlemsstatens skyldighet att respektera konventionsbestämmelserna

Utgångspunkten för folkrätten överlag är statssuveräniteten: En stat har rätt att själv bestämma vilka internationella överenskommelser den väljer att ansluta sig till samt hur dessa i praktiken inkorporeras eller införlivas i det nationella rättssystemet. I regel erkänns två alternativ; det monistiska och det dualistiska systemet. I Finland används den sistnämnda, vilket innebär att en särskild lagstiftningsåtgärd krävs för att inkorporera den internationella överenskommelsen i den finska rättsordningen. Den nationella rättsordningen särskiljs därmed från folkrätten och medlemsstaten innehåller enligt den folkrättsliga traditionen rätten att välja hur förverkligandet av avtalsförpliktelserna försäkras.³⁰⁵

Europadomstolens dom har i sig inga direkta följder nationellt. Domsluten blir dock, på basis av den kompetens som medlemsstaterna försett domstolen, slutgiltiga. Medlemsstaterna är därmed enligt konventionen förbundna till att rätta sig efter de slutgiltiga domsluten i varje mål där de är parter. Domen blir slutgiltiga inom tre månader efter att den har förkunnats, om parterna inte före det meddelar att de kräver att ärendet hänskjuts till stora avdelningen. Om domstolen finner ett brott kan den även förelägga skälig gottgörelse åt den kränkta parten.³⁰⁶

De slutgiltiga domsluten överlämnas även till ministerkommittén, som övervakar dess verkställande. Om medlemsstaten vägrar att rätta sig efter domslutet, efter att ha formellt underrättat parten och genom ett beslut fattat med två tredjedels majoritet av de företrädare som är berättigade att sitta med i kommittén, kan ministerkommittén åter hänskjuta ärendet till domstolen för granskning om parten försummat sin skyldighet att rätta sig efter domstolens beslut. Om domstolen finner att skyldigheten kränkts, hänskjuts målet till ministerkommittén för bedömning av vilka åtgärder som skall vidtas.³⁰⁷

En tydlig utgångspunkt för EKMR har dock varit att konventionsrättigheternas förverkligande görs, i enlighet med subsidiaritetsprincipen, på den nationella nivån.

³⁰⁵ Pellonpää 2012, s.47–49.

³⁰⁶ EKMR art 41, 42, 44.2 och 46.1. Se även

<http://formin.finland.fi/public/default.aspx?contentid=326980&nodeid=49304&contentlan=3&culture=sv-FI>.

³⁰⁷ EKMR art. 46.2, 46.4 och 46.5.

Hurudan skydd konventionen ger åt enskilda rättssubjekt beror i sista hand på hur medlemsstaterna väljer att tillämpa konventionen – tryggas endast minimikraven eller även något utöver detta?³⁰⁸

Finland har genom sin ratificering en skyldighet att respektera och skydda de rättigheter som nämns i konventionen och för EU-medlemsstater inverkar konventionsbestämmelserna även genom unionsrätten. EKMR och dess tilläggsprotokoll jämföras med riksdagsförfattningar och i praktiken kan konventionsbestämmelserna anses ha samma ställning som lagar överlag. Grundlagsutskottet och högsta förvaltningsdomstolen har en längre tid redan hävdade att konfliktsituationer i domslut eller lagstiftningsprocesser ska tolkas så att de människorättsliga bestämmelserna ges företräde. I förhållande till en förordning eller någon annan bestämmelse av lägre ordning än lag kan EKMR ges företräde också på basis av lex superior (och även GL 107 §). Eftersom konventionen stiftades som undantagslag (och inte i grundlagsordning) kan dess företräde inför andra vanliga riksdagslagar dock inte grundas på någon hierarkiskt högre ordning. Företräde inför vanliga lagar kan alltså endast mycket löst baseras på vanliga tolkningsprinciper som t.ex. lex specialis eller lex posterior - en absolut mekanisk tolkning av dessa i konfliktsituationer skulle strida mot skyldigheten att följa konventionens förpliktelser, vilket Finland genom ratificering åtagit. Den optimala situationen skulle därmed vara att redan i lagstiftandeskedet välja alternativet som är mest ”människorättsvänlig”.³⁰⁹

³⁰⁸ Pellonpää 2012, s. 49.

³⁰⁹ GrUU 2/1990 rd, s. 2, GL 107 §, Pellonpää 2012, s. 50 och 63-65.

4.3 Tolkningsmarginal som doktrin

4.3.1 Doktrinen funktion

Tolkningsmarginalsdoktrinen är en speciell doktrin uppbyggd av Europadomstolen. Den används inte av någon annan domstol och har väckt diskussion både starkt för och emot.³¹⁰ Med MoA-doktrinen avses i allmänhet ett system som tillåter domstolen att variera granskningens intensitet i vissa fall och därmed tilldela mera vikt eller betydelse för medlemsstaternas egen bedömning.³¹¹ Doktrinen innebär kan kort exemplifieras med bl.a. följande resonemang gällande rätten till en rättvis rättegång: "[The] right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and in place according to the needs and resources of the community".³¹² Rättigheten är alltså inte absolut och kan påföras vissa restriktioner, förutsatt att dessa är skäligen och proportionella och då de nationella myndigheterna kan anses "better placed to assess whether restrictions are necessary" (det sk "better placed"-argumentet, se närmare s. 70).³¹³ Därutöver skapar doktrinen yttre gränser för de acceptabla tillvägagångssätten för förverkligandet av skyddet för de mänskliga rättigheterna och då staten agerar inom sin tolkningsmarginal kommer domstolen inte att ingripa i situationen.³¹⁴ Doktrinen har numera även kodifierats i tilläggsprotokoll 15 som dock ännu saknar ratificeringar för att träda i kraft.³¹⁵

Doktrinen kan ses som en lösning (eller en av lösningarna) till tvister gällande konventionens tolkning. En grundläggande fråga om konventionens relation till medlemsstaterna är t.ex. huruvida den ska tolkas objektivt eller restriktivt. Förespråkarna till den objektiva synen betonar konventionens syfte, dvs. ett effektivt skydd för individer medan motståndarna framhäver statssuveräniteten: Eftersom konventionen gör allvarliga intrång på statssuveräniteten och medlemsstatens jurisdiktion ska konventionen tolkas restriktivt. Ett konservativt tillvägagångssätt har

³¹⁰ Gerards 2010, s. 1. Se även Tsarapatsanis 2015, s. 1.

³¹¹ Gerards 2010, s. 1.

³¹² *Ashingdane v. UK*, p. 57. Se även Koivu 2015, s. 188.

³¹³ Med nödvändighetskriteriet avses ett tvingande samhälleligt behov. *Sunday Times v. UK*, p. 50. Se även Koivu 2015, s. 188.

³¹⁴ White&Ovey 2010, s. 80.

³¹⁵ Tilläggsprotokoll 15 art. 1, Strasburg 24.6.2013.

även ansetts nödvändigt för att inte påföra staten sådana skyldigheter som de inte menat med ratificeringen.³¹⁶

Tolkningsmarginalsdoktrinen kan karaktäriseras som en av domstolens primära tolkningsverktyg. Den skapar en sträcka mellan en restriktiv och en objektiv tolkning av konventionen.³¹⁷ Så som Letsas³¹⁸ har anmärkt kan MoA-doktrinen dock tillämpas på flera olika sätt: Den substansmässiga uppfattningen skapar en marginal mellan individuella fri- och rättigheter och (för samhället) gemensamma mål, medan den strukturella uppfattningen beskriver begränsningen eller intensiteten av den granskning som domstolen gör i ett fall. Användningen av den strukturella MoA-doktrinen stöds ofta med subsidiaritetsprincipen och statligt samförstånd.³¹⁹ Fokusen i den här analysen kommer att ligga på den strukturella uppfattningen om MoA-doktrinen.

4.3.2 Marginalens räckvidd

Hur tolkningsmarginalen definieras och hur bred respektive snäv den förblir i ett fall är inte alltid synligt i domsluten. Detta kan även ses som ett tecken på att definieringen inte heller är så lätt. Tolkningsmarginalens definiering var också en av orsakerna till varför fallet *AP* kritiserades.³²⁰

Den tolkningsmarginal som tillåts medlemsstaten kan vara mycket extensiv eller totalt obefintlig. Detta beror enligt rättspraxisen på åtminstone följande faktorer: de reella omständigheterna, ämnet (vilken konventionsrättighet som skyddas), bakgrunden till frågan samt existensen eller avsaknaden av konsensus (i ämnet) bland medlemsstaterna.³²¹ Domstolen måste ofta avgöra huruvida den nationella lagstiftningen, åtgärderna och metoderna varit lämpliga, nödvändiga eller skäligen. Detta är inte alltid lätt för en domstol som inte känner till de nationella särdragen, vilket också inverkar på tolkningsmarginalens bredd.³²²

³¹⁶ White&Ovey 2010, s. 79

³¹⁷ White&Ovey 2010, s. 78.

³¹⁸ White&Ovey 2010, s. 79 hänvisar till Letsas 2007, kap. 4, s. 80.

³¹⁹ White&Ovey 2010, hänvisar till Letsas 2007, kap. 4, s. 80.

³²⁰ Se t.ex. Piha 2018, s. 82 och *AP*.

³²¹ White&Ovey 2010, s. 80.

³²² Gerards 2010, s. 6.

Hur bred marginalen är kan i vissa fall härledas direkt från konventionstexten. Många artiklar uppger själva rättigheten eller skyddet i stycke ett (1) medan stycke två (2) nämner de grunder med vilka rättigheten kan begränsas.³²³ Detta är fallet med t.ex. artikel 8 (se ovan kap. 3.3) och 9. Artikel 9 tryggar rätten till bl.a. tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet (stycke 1) förutom då inskränkning görs för att det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt för bl.a. den allmänna säkerheten eller ordningen, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter”.³²⁴ I detta sammanhang bör förtydligas att intrång endast är tillåtna om de görs *med stöd av lag*.³²⁵

Att artikeln inte uppger någon ”andra stycke” kan i vissa fall tyda på att inga avvikelser tillåts. Detta är fallet med t.ex. artikel 3 (”ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning”).³²⁶ Detta framgår dock redan av nödlägesklausulen i artikel 15: En part får under krig eller annat allmänt nödläge som hotar nationens existens vidta åtgärder som innebär avvikelser från dess skyldigheter i den utsträckning som det är oundgängligen nödvändigt (punkt 1). Inga inskränkningar tillåts dock gällande artikel 2 (rätt till liv), 3, 4 (förbud mot slaveri och tvångsarbete) eller 7 (inget straff utan lag).³²⁷ Dessa artiklar kan ses som de mest centrala för en persons självbestämmanderätt och personliga integritet och för deras del gäller alltså en konventionsbaserad nolltolerans för tolkningsmarginal.

Att en konventionsrättighet är kortfattad och inte har någon specificerande andra punkt eller stycke betyder dock inte alltid att tolkningsmarginalen totalt skulle fattas. Till exempel stadgar artikel 14 följande: ”Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.” I denna bemärkelse är artikeln relativt otvetydig – diskriminering (på basis av de ovannämnda

³²³ Pellonpää 2012, s. 299.

³²⁴ EKMR, art. 9.

³²⁵ Se t.ex. Pellonpää 2012, s. 299-303. Med lagenlighet avses i detta sammanhang intern rätt (statsrätt) som är tillgänglig för medborgarna (offentlig och publicerad) och är dessutom tillräckligt precist formulerad (och uppfyller därmed bl.a. legalitets- och förutsebarhetsprincipen).

³²⁶ EKMR, art. 3.

³²⁷ EKMR, artikel 2-4, 7 och 15. Avvikelser från artikel 2 får dock göras då det handlar om dödsfall till följd av lagliga krigshandlingar (art. 15.2).

grunderna) är förbjudet och inga ”tillåtna” inskränkningar nämns. Det som de facto skapar en relativt stor gråzon är begreppet ”ställning i övrigt”.

Tolkningsmarginalens räckvidd varierar även beroende på huruvida domstolen granskar att en specifik rättighet i ett fall är positivt eller negativt förpliktande för staten. Avskiljande i negativa och positiva förpliktelser har utvecklats i Europadomstolens praxis. Med statens negativa skyldighet avses skyldigheten att avstå från att ingripa i en sådan rättighet som skyddas av konventionen. Däremot avses med statens positiva skyldigheter plikten att (aktivt) befrämja förverkligandet av en viss rättighet. Följaktligen förhindras statens passivitet i sådana situationer där (den mänskliga) rättighetens förverkligande hotas och staten tvingas att reagera.³²⁸

Den negativt respektive positivt förpliktande skyldigheten skiljer sig från varandra speciellt beträffande de godtagbara avvikelsevillkoren. En negativt förpliktande skyldighet har i regel mycket strängare avvikelsevillkor eller -klausuler: inskränkningen måste basera sig på lag, vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle och vara ägnad åt att förverkliga ett godtagbart (människorättsförenligt) syfte. Nödvändigheten bedöms i relation till samhället i fråga, vilket innebär att historiska och andra speciella omständigheter eller särdrag för staten i fråga också beaktas.³²⁹

Därutöver ska relationen mellan nödvändigheten och inskränkningen vara skäligheten och proportionerlig. Åtgärden är oproportionerlig exempelvis om samma (samhälleliga) syfte kunde ha nåtts med andra, mindre invasiva, medel. Ifall rättigheten medför en positiv skyldighet för staten kräver avvikelse eller begränsning av rättigheten ”endast” om den kränkande åtgärden tryggar ett allmänt intresse och sambandet mellan åtgärden och syftet är proportionerligt. Den ofta nämnda termen proportionalitetsbedömning kan bl.a. innebära en intresseavvägning mellan betydelsen av den mänskliga rättigheten samt åtgärdens styrka och betydelsen av det allmänna intresset, statens tolkningsmarginal i frågan, legalitetsprincipen eller den nationella rättspraxisen i medlemsstaterna. Numera finns så gott som inga artiklar i EKMR under vilka de positiva skyldigheterna inte skulle ha blivit erkända.³³⁰

³²⁸ Piha 2018, s. 84, hänvisar till Hirvelä-Heikkilä 2017, s. 628. White & Ovey 2010, s. 100.

³²⁹ Piha 2018, s. 84 och Koivu 2015, s. 200.

³³⁰ Piha 2018, s. 84 och White&Ovey 2010, s. 100.

I vissa fall kan tolkningsmarginalen alltså vara snäv eller t.o.m. obefintlig. En av faktorerna som i allmänhet förminskar tolkningsmarginalen är existensen av konsensus inom Europa gällande frågan (vilket staten inte följer). Konsensus har också fastställts med begrepp som existerande ”common ground” eller ”common conceptions”. Domstolen har dock ibland även kritiserats pga. att de inte utnyttjat existensen av konsensus tillräckligt konsekvent i sin praxis.³³¹ Som redan konstaterats kan konventionsbestämmelsen i sig redan vara så otvetydig att ingen tolkningsmarginal finns, bl.a. tortyrsförbudet i artikel 3 och rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.³³² Ofta är domstolens granskning strikt (och tolkningsmarginalen därmed snäv eller åtminstone osäker) även i frågor som gäller mänsklig värdighet, personlig autonomi en särskilt viktig aspekt av personens identitet eller demokratiskt deltagande.³³³

Marginalen är i regel bred i fall de nationella uppfattningarna varierar stort. Avsaknaden av konsensus gällande frågans betydelse eller skyddsmekanismer inverkar alltså utvidgande på medlemsstatens tolkningsmarginal. Detta är ofta ett tecken på att frågan är känslig och ett långtgående eller ett påträngande beslut skulle knappast få stöd.³³⁴

Också känsliga, moraliskt eller etiskt laddade frågor har överlag en bred tolkningsmarginal, också för att europeisk konsensus ofta saknas. Även i moralfrågor måste domstolen dock beakta ingreppens eller begränsningarnas syfte samt den ifrågasatta aktivitetens natur – bedömningen i t.ex. frågor gällande yttrandefrihet kan inte vara likadan om begränsningen riktar sig till pornografisk litteratur eller en persons privata sexuella beteende. Pellonpää har dessutom argumenterat att även de fall där en viss rättighets betoning oundvikligen begränsar en annan rättighet borde tilldelas en bredare tolkningsmarginal.³³⁵

Tolkningsmarginalen påverkas ofta utvidgande då medlemsstaten anses ha bättre möjligheter (än domstolen) att bedöma den förhandenvarande situationens allvarlighet och åtgärdernas nödvändighet eller skälighet.³³⁶ I *Handyside v. UK* karakteriserade domstolen de sk better placed – argumentet enligt följande: ”By reason of their direct

³³¹ Se t.ex. Piha 2015, s. 84, Koivu 2015, s. 194 och Pellonpää 2012, s. 307.

³³² Se t.ex. Piha 2015, s. 84 och Pellonpää 2012, s. 307.

³³³ Gerards 2010, s. 12, Piha 2018, s. 84.

³³⁴ Gerards, 2010, s. 9, Piha 2018, s. 84. Se även White&Ovey, 2010, s. 80 och Pellonpää, 2012, s. 307.

³³⁵ Pellonpää 2012, s. 308, hänvisar till fallen *Sunday Times* och *Dudgeon*.

³³⁶ Se t.ex. White&Ovey 2010, s. 80 och Pellonpää 2012, s. 307.

and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them". Alltid är det dock inte lätt att avgöra när medlemsstaten kan anses ha "bättre möjligheter". Exempel på situationer där staten enligt rättspraxis ofta getts en bred tolkningsmarginal är t.ex. ärenden gällande nationell säkerhet och centrala samhällspolitiska avgöranden. Detta kan ses härstamma från subsidiaritetsprincipen.³³⁷

Då tolkningsmarginalen är bred förblir den processrättsliga granskningen i Europadomstolen snarare en kontrollmekanism för eventuellt godtycke från medlemsstatens sida.³³⁸ I och med att domstolen ändå ansvarar för att avgöra om marginalgränserna överskridits ska den alltid övervaka tillämpningen av tolkningsmarginalsdoktrinen även i sådana fall där marginalen är bred.³³⁹ Då en medlemsstat agerat på ett sätt som kan anses ha överskridit den godtagbara marginalen ska domstolen överväga följande faktorer: vilka rättigheter påverkas av avvikelser, vilka omständigheter har lett till avvikelser samt hur länge speciellsituationen (som kräver avvikelse) varar.³⁴⁰

4.3.3 För- och nackdelar: Diskussion om funktionalitet

Som alla teorier har även MoA-doktrinen väckt mycket diskussion. Motståndarna har hävdats bl.a. att beviljande av en tolkningsmarginal baserar sig på antagandet om att beslutsfattandeprocesser alltid fungerar felfritt, är transparenta och tillåter deltagande, vilket dock inte alltid är fallet. Ifall domstolens granskning är noggrann endast i de fall där nationella beslut eller beslutsfattandeprocesser är *uppenbart* oskäligen, olämpliga eller godtyckliga kan fel och brister bli upptäckta.³⁴¹ Doktrinen har även tillsvidare misslyckats med att definiera eller klargöra inbördes relationen eller samspelet mellan de olika intensitetsbestämmande faktorerna.³⁴² I *Z v. Finland* hävdade en av domarna

³³⁷ Pellonpää 2012, s. 307.

³³⁸ Koivu 2015, s. 193.

³³⁹ White&Ovey 2010, s. 80.

³⁴⁰ *Brannigan and McBriee v UK*, punkt 43. White&Ovey 2010, s. 80.

³⁴¹ Gerards 2010, s. 7

³⁴² Gerards 2010, s. 10.

t.o.m. att den banala doktrinen och den rättsrelativism som uppstår totalt och utan dröjsmål borde förvisas:

In the present judgment the Court once again relies on the national authorities' "margin of appreciation". I believe that it is high time for the Court to banish that concept from its reasoning. It has already delayed too long in abandoning this hackneyed phrase and recanting the relativism it implies. It is possible to envisage a margin of appreciation in certain domains [...] But where human rights are concerned, there is no room for a margin of appreciation which would enable the States to decide what is acceptable and what is not. [...] Such terminology, as wrong in principle as it is pointless in practice, should be abandoned without delay.³⁴³

Med rättsrelativism avses att rättigheterna inte verkställs fullt ut mot sina konceptuella gränser utan beaktas som "relativa". Relativism i detta sammanhang kunde i värsta fall kraftigt försvaga konventionen: Ifall inget är absolut, har vi någon människorättskonvention överhuvudtaget? Kritikerna har även åberopat domstolens ansvar för medlemsstaters efterföljande och därmed skyddet för de mänskliga rättigheterna enligt artikel 32.1 (domstolens behörighet).³⁴⁴

Doktrinen är nära förknippad med proportionalitetsprincipen som medlemsstaten också måste respektera vid verkställandet av sina åtgärder. Även om staten enligt MoA-doktrinen skulle ha en motiverad grund till att begränsa förverkligandet av vissa konventionsrättigheter måste de åtgärder som den vidtar vara proportionerliga med det syfte som eftersträvas med begränsningsåtgärderna. Åtgärder som med tanke på deras syfte är för långtgående kan i sig utgöra ett brott mot konventionen.³⁴⁵

Däremot betonar förespråkarna särskilt doktrinens flexibilitet: MoA-doktrinen kan användas som ett verktyg för att balansera mellan intressen i nationella och internationella beslutsfattandeprocesser och skyddet för individuella rättigheter. Nuförtiden ingår många andra ämnesområden än bara "traditionella mänskliga rättigheter" i de fall domstolen är tvungen att ta ställning till, bl.a. patenträttigheter och miljö. Dessa fall innehåller ofta data- eller bevismaterial uppgjort av nationella myndigheter. MoA-doktrinen kunde förbättra förutsebarhet och transparens i domstolens praxis. De nationella myndigheterna skulle därmed ha bättre kunskaper om när de har gott om spelrum respektive när deras beslut kommer att granskas noggrant,

³⁴³ *Z v. Finland*, partly dissenting opinion of judge de Meyer, punkt III.

³⁴⁴ *Tsarapatsanis* 2015, s. 675-676.

³⁴⁵ *Pellonpää* 2012, s. 309.

hur bevisbördan uppdelas i respektive fall osv.³⁴⁶ Enligt Gerards kunde till och med en ”doctrine of deference” lätt överföras till andra domstolar och det vore t.o.m. önskvärt att detta gjordes.³⁴⁷

Vidare argumenterar förespråkarna att MoA-doktrinen kunde underlätta och utjämna kampen på högsta auktoritet mellan domstolen och de nationella myndigheterna. Att Europadomstolens dom inte i sig är bindande eller verkställbara av domstolen själv är problematiskt och tillsvidare samexisterar två olika rättssystem som båda åberopar på högsta auktoritet. Ifall domstolen inte beaktar nationella olikheter och känsligheter på något sätt kan domstolen riskera att dess legitimitet försvagas och medlemsstaternas vilja att efterfölja konventionen minskar. Domslutens inverkan på medlemsstaterna är starkt beroende av domstolens legitimitet och status i medlemsstatens ögon. Gerards har uttryckt spänningen på följande sätt: ”Even though national disobedience of the norm of the supremacy of EU law may only rarely occur in practice, the shadow of its possibility is always there.”³⁴⁸ Scenariot där medlemsstaterna skulle undandra sig ur konventionen pga. för strikta eller progressiva domar är den mest långtgående skräckbilden som särskilt MoA-förespråkarna vill undvika. Medlemsstaternas samarbetsvillighet kunde alltså underlättas och förbättras med hjälp av en vitt utnyttjad MoA-doktrin och variation i granskningens intensitet.³⁴⁹

Ett av de centrala argumenten för Moa-doktrinen, det så kallade better placed-argumentet, bygger på subsidiaritetsprincipen: Domstolen borde inte kunna ifrågasätta nödvändigheten av nationella beslut (som förmodligen fattats inom komplexa politiska ämnesområden och eller gäller känsliga, hårt diskuterade frågor) förutom då de är uppenbart oskäligen eller olämpliga.³⁵⁰ Detta understöder skribenten delvis. Alla minoritetsfrågor kan vara känsliga och speciellt nyare diskussioner som t.ex. translagstiftningen väcker lätt samhällspolitisk diskussion, speciellt i ett samhälle som förhåller sig aktsamt till reformer och tyr sig till status quo alltid då tillfälle ges. Ifall det

³⁴⁶ Gerards 2010, s. 1 och 8.

³⁴⁷ Gerards 2010, s. 2 och 6. Med högaktningläran avser Gerards ett system där domstolen genom att högakta och respektera de nationella lagstiftningsorganen inte åtar sig någon lagstiftningsmakt som inte tillhör den. Högaktning förstås i detta sammanhang med att de nationella myndigheterna har domstolens starka förtroende och att domstolen pga. detta behöver endast ytligt kontrollera att lagstiftningsprocessen slutförts väl.

³⁴⁸ Gerards 2010, s.3-5.

³⁴⁹ Gerards 2010, s. 8.

³⁵⁰ Gerards 2010, s. 6.

ovannämnda påståendet tolkades bokstavligen kunde domstolen ”godkänna” omöjliga former av minoritetsdiskriminering med ”sociala eller samhällspolitiska” grunder.

Tolkningsmarginalsdoktrinen tillåter domstolen att hålla kontakten med verkligheten, dvs. på vilka olika sätt konventionen (kan) tillämpas samtidigt som den behåller en viss kontroll över de statliga handlingssätten.³⁵¹ En total avsaknad av tolkningsmarginal för staterna kunde i värsta fall medföra att domstolen åtog en sådan beslutsfattande- eller lagstiftningsmakt som den inte har befogenhet att åta. Allmänheten (och i första hand lagstiftaren) fungerar dynamiskt inom sitt samhälle men har inte någon dömande makt. Däremot har domstolarna och domarna uppgiften att tolka olika överenskomna bestämmelser och i sista hand avgöra huruvida förändringar i rättsläget vunnit en tillräckligt bred acceptans inom Europa för att kunna utvidga konventionens mening (eller anses tillhöra konventionens omfattning). Konventionen kan dock aldrig tolkas i en sådan omfattning som skulle innebära intagning av fullständigt nya rättigheter – dessa kunde knappast anses förenliga med parternas ursprungliga syfte. Själva grunden för konventionens jurisdiktion får inte heller utvidgas genom tolkning.³⁵²

Goda kunskaper i Moa-doktrinen och tolkningsgränserna bidrar dock till att konventionen inte utvidgas över ämnesområden som inte tillämpar sig för människorättsligt skydd. Letsas kallar detta för rättens inflation.³⁵³

4.3.4 Tolkningsmarginalen i frågan om villkorlig bekräftelse av könstillhörighet

Tolkningsmarginalens bredd i transfrågan (närmade sagt steriliseringsvillkoret i bekräftandet av könstillhörighet) bestäms av flera olika faktorer, speciellt då själva villkoret också kan granskas i relation till flera olika artiklar med sina specifika särdrag. En bred tolkningsmarginal skulle grovt analyserat innebära att Finland med steriliseringskravet inte brutit mot sina förpliktelser enligt t.ex. artikel 8 och 14 utan agerat inom det sagda tolkningsmarginalet medan en snäv marginal kunde leda till att Finland överskridit de gränser som EKMR sätter i relation till skyddet för privatliv och eller diskrimineringsförbudet.

³⁵¹ White&Ovey 2010, s. 80.

³⁵² Gerards 2010, s. 4, White&Ovey 2010, s. 72 och Koivu 2015, s. 207-208, hänvisar till Harris et al. 2014, s. 9.

³⁵³ White&Ovey 2010, s. 81, hänvisar till Letsas, 2007, kap. 6.

A priori kan konstateras att för *bred* tolkningsmarginal talar bl.a. avsaknaden av konsensus, frågans mycket känsliga, etiskt och samhällsmoraliskt laddade karaktär samt behovet att avväga de samhälleliga intressena gentemot en individs rättighet. Enligt Transgender Europe:s (TGEU) undersökning år 2017, som också användes som bevismaterial i AP, krävde 24 av 47 medlemsstater sterilisering som ett villkor för juridiskt bekräftande av kön, medan 16 (numera 18) av de sagda 47 medlemsstaterna, krävde inte det. Därutöver var juridiskt bekräftande av könet överhuvudtaget inte möjligt i 7 europeiska länder. Det är därmed motiverat att hävda att ingen konsensus finns gällande steriliseringskravet. Avsaknaden av konsensus är ofta också ett tecken på att frågan är känslig, antingen etiskt eller moraliskt.³⁵⁴

Däremot talar bl.a. frågans mycket intima och identitetsrelaterade karaktär, frågan om en fundamental mänsklig rättighet samt den växande europeiska trenden för transpersoners acceptans för *snäv* tolkningsmarginal. En persons könsidentitet och identitet överlag är bland de mest intima delarna av en persons privatliv och eventuellt de viktigaste aspekterna av en människas existens överhuvudtaget. Intimiteten kan skildras med hjälp av t.ex. omfattningen av det lidande som ingrepp i detta ämnesområde förorsakar. Marginalen borde också begränsas eftersom villkoret hotar den fysiska integriteten så väl som många ytterst fundamentala mänskliga rättigheter, inte minst rätten till sin könsidentitet enligt skyddet för privatliv. Detta stöds bl.a. av de olika internationella funktionärerna som hävdar att steriliseringskraven borde kriminaliseras som icke-människorättsenliga - redan år 2009 har den europeiska människorättskommissionären konstaterat att steriliseringskravet ”*clearly* run counter to the respect for the physical integrity”.³⁵⁵

Även den växande trenden för transpersoners acceptans och upphävandet av dylika bestämmelser talar om en *snäv* tolkningsmarginal - processen för translagarnas uppdatering är på gång i flera medlemsstater. I AP var dock en av domarna av avvikande åsikt: ”I acknowledge that there exists a certain trend in Europe, but it is, as demonstrated above, only recent”³⁵⁶ - vilket dock kan motsättas på basis av att Europadomstolen i sin praxis ett flertal gånger fastställt att det avgörande för fallets

³⁵⁴ se t.ex. AP, p. 70-71, 121-126 och Piha 2018, s. 85. Transgender Europe (TGEU), Trans Rights Europe Map 2017, https://tgeu.org/wpcontent/uploads/2017/05/Index-TGEU-2017_PRINT-1.pdf.

³⁵⁵ Se t.ex. AP, p. 73, 121-126 och Piha 2018, s. 85. Egen kursiv.

³⁵⁶ AP, Dissenting Opinion of Judge Ranzoni, p. 9-12.

utgång ska vara "present day conditions". In casu bedömningen stöds ytterligare av den dynamiska teorin - Europadomstolen fungerar, *och får fungera*, som vägledare för den europeiska människorättskulturen, även om detta skulle innebära att konventionen skulle förplikta medlemsstaterna att ändra sin lagstiftning. Dessutom har tecken för denna typens utveckling funnits sedan slutet av 1990-talet (resonemang i bl.a. *Rees*, *Goodwin*), även om trenden för uttryckligen steriliseringskravets upphävande varit "recent".³⁵⁷

I sin avvikande åsikt hävdade Judge Ranzoni att domstolen borde ha betonat avsaknaden av konsensus istället för den Europeiska trenden och således åtagit en bred tolkningsmarginal istället. Ranzoni hänvisade bl.a. till *Rees* (1986) där domstolen avgjorde frågan om brott mot artikel 8 på basis av "little common ground"-argumentet. Det bör dock påpekas att domstolen resonerade enligt in casu vid den tidpunkten och utvecklingen i transfrågor fr.o.m. 1980-talet framåt kan ses om ett tydligt exempel på konventionens tillämpning som ett levande instrument. Dessutom finns det idag en mycket obestridlig konsensus gällande transpersoners rättigheter överlag, då över hälften av medlemsstaterna erkänner exempelvis rätten till bekräftande av könstillhörighet. Domstolen har även behörigheten att avgöra vilken tolkningsprincip eller bevis de lägger tyngden på.³⁵⁸

För tolkningsmarginalens räckvidd i den finska transfrågan kan yttermera följande observationer göras: Gällande förbudet mot tortyr finns ingen tolkningsmarginal. Däremot kan en viss tolkningsmarginal, redan på basis av artikelns karaktär, antas angående artikel 8³⁵⁹ - denna kan dock begränsas med bl.a. det så kallade "inherent grounds"-argumentet, också ifall ärendet behandlas i relation till artikel 14. Som redan konstaterats krävs dock ytterst vägande skäl för att ingripa i en individs rättigheter då det handlar om de mest intima delarna av en människas privatliv. Detta bekräftades även i *AP* där domstolen tydligt konstaterade att "where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin [...] will be restricted".³⁶⁰ Fallet är betydelsefullt i och med att ett statligt steriliseringskrav inriktat mot

³⁵⁷ *AP*, Dissenting Opinion of Judge Ranzoni, p. 9-12. Se även *Tyrer v. UK*, p. 31, *Cossey v. UK*, p. 35.

³⁵⁸ *AP*, Dissenting Opinion of Judge Ranzoni, p. 9-12, 18.

³⁵⁹ Avsaknaden av jus cogens - karaktär tyder på att det inte handlar om en rättighet som man inte under några som helst omständigheter kan avvika ifrån. Jämför t.ex. art. 3.

³⁶⁰ *AP* punkt 121.

transpersoner (som ville få respektive kön juridiskt bekräftat) ansågs för första gången utgöra ett brott mot de mänskliga rättigheterna, närmare sagt artikel 8. Utgående från domstolens rättspraxis är det också osannolikt att Finland i en liknande fråga skulle kunna åberopa en bred tolkningsmarginal med ”better placed”-argumentet. Tolkningsmarginalen torde (i ett eventuellt finskt fall) även påverkas av den pågående trenden att förhålla sig mer liberalt och receptivt för könens och könsidentitetens mångfald samt könsminoriteters existens och rättigheter.

5 Slutsatser

Är den gällande translagen förenlig med bestämmelserna om självbestämmanderätt, tortyr, skyddet för privatliv och diskriminering? Kortfattat - nej. Steriliseringskravet är varken grundat, proportionerligt eller nödvändigt. Det kan även konstateras vara diskriminerande och motstridigt med den mycket fundamentala självbestämmanderätten.

Frågan om huruvida steriliseringsvillkoret kan utgöra förnedrande behandling i enlighet med artikel 3 förblir en aning dubiös - det finns praxis både för och emot. Tillämpbarheten stöds av artikelns mycket breda tillämpningsområde och variationen inom rättsfallen, miniminivåns relativa karaktär och den centrala ställningen av in casu - bedömningen och konventionens tillämpning som ett levande instrument. Faktorer som inverkar på in casu bedömningen är bl.a. transpersoners särskilt sårbara position, psykiska lidandets omfattning och även myndigheternas kontrollposition.

Tröskeln för tillämpningen av artikel 3 har dock varit relativt hög och Europadomstolen har bl.a. uttryckligen hävdats att den olägenhet som orsakas för transpersoner inte är allvarlig nog. Situationen skulle eventuellt kräva ytterligare ställningstaganden från Europadomstolen, i och med att många fall där artikel 3 åberopats bl.a. behandlats under någon annan artikel i stället och resonemanget kring artikel 3 har uteblivit.

Självbestämmanderätten är en mycket grundläggande princip som genomsyrar hela EKMR. Även om det inte råder konsensus om dess exakta definition har principen fått stark fotfäste i Europadomstolen, i synnerhet under artikel 8. Resultaten i domstolens

praxis är entydiga - en människas könsidentitet omfattas av självbestämmanderätten och steriliseringskravet bryter otvetydigt mot en människas fysiska integritet och därmed också självbestämmanderätten. Villkoret borde avskaffas eftersom steriliseringarna utförs utan genuint samtycke och mycket sannolikt baserar sig på rashygieniska grunder och degenerationsteorin. Under artikel 8 måste självbestämmanderätten granskas ännu i relation till de möjliga avvikelsegrunderna.

Angående artikel 8 har trenden gått mot en snäv tolkningsmarginal, även om visst spelrum finns inkommerad i stycke 2. Steriliseringsvillkoret utgör en mycket omfattande kränkning till en persons privatliv och enligt observationerna i denna avhandling har Finland inga hållbara motiv för att kunna åberopa någon avvikelseklausul - förutom att det legitima syftet saknas är åtgärden varken nödvändig eller proportionell.

På basis av de grunder som Europadomstolen fastställt kan translagens steriliseringskrav även anses diskriminerande. Villkoret relaterar till skyddet för privatliv och baserar sig på en av de bestämda grunderna, dvs. kön. Transpersoner kan skäligen också jämföras med andra personer, dvs. icke-transpersoner. Domstolen verkar dock ha varit motvillig att uttryckligen fastställa detta jämförelsekriterium och överlag finns alltför lite domstolspraxis och-resonemang om denna typens könsdiskriminering i och med att fallen ofta granskas och brott fastställs gällande substansartiklar. Avsaknaden av motiverade grunder och därmed ett proportionalitetssamband med hänsyn taget till den förhöjda motiveringströskeln (pga. inteherent ground - grunden) har Finland inte uppfyllt sina förpliktelser enligt artikel 14.

Avslutningsvis kan konstateras att lagen är förutom mycket motstridig även ohållbar och ologisk. I RP 56/2001 konstaterades bl.a. att kirurgiska medel inte kunde fastställas som villkor för juridisk bekräftande av könet på grund av deras allvarliga karaktär och risker relaterade till kirurgi (alltså en ”skyddande” orsak), dock kunde sterilisering fastställas. Finland kräver inte heller några som helst fysiska eller utseendemässiga krav för bekräftelsen, vilket betyder att en människa med ett läkarintyg och en utförd vasektomi kan kräva juridisk bekräftelse av könet även om hen t.ex. utseendemässigt inte förändrats alls. Detta ska inte förstås som att det skulle finnas några utseendemässiga krav för hur någon överhuvudtaget borde se ut, men situationen

exemplifierar väl hur den nuvarande translagen mycket dåligt reflekterar själva kärnan i att vara *trans*. Lagen strävar alltså efter att ”behandla” eller ”bota” *en medfödd egenskap* och dessutom med fullständigt felaktiga medel (fysiska krav). Strikt medicinskt sett vårdas för tillfället en enligt lagen psykisk sjukdom med operativa och mycket aggressiva, t.o.m. kirurgiska medel. Det finns inga egentliga grunder för varför Finland har och håller fast vid den praxis vi har, vilket gör att hela frågan förblir helt enkelt konstig. Steriliseringspraxisen har inte heller vid någon tidpunkt varit konsekvent, logiskt eller transparent. Situationen för transpersoner och deras familjer försvåras ytterligare av den av myndigheterna använda begreppsapparaten och lagens alltför bokstavliga tolkning.

Social- och hälsovårdsministeriet har redan år 2013 uppsatt en arbetsgrupp gällande translagens omarbetning. Arbetet uppsköts dock pga. den belastande social- och hälsovårdsreformen och slutrapporten samt regeringspropositionen blev färdiga i slutet av 2014. Ärendet har dock inte framskridit under denna regeringsperiod. Detta tyder på ärendets politiska aspekt och som Piha redan påpekat, krävs en mängd politisk vilja för att genomföra förändringen.³⁶¹

På basis av det ovannämnda borde Finland omgående upphäva steriliseringskravet och uppdatera den föråldrade lagen. Slutligen kan konstateras att t.o.m. hela trans-aspekten i princip kunde uteslutas från diskussionen - år 2018 borde vi inte medvetet upprätthålla ett samhälle där människor tvångssteriliseras. Vill vi verkligen stöda en kutym där människor nekas synnerligen grundläggande behov och skydd?

³⁶¹ Jokela 2015, s. 104, Piha 2018, s. 95.

KÄLLOR

MONOGRAFIER OCH ARTIKLAR

Alanko, Antti och Achte, Kalle A, ”Transsexualism”, *Psychiatria Fennica* 26:2098-2108 och ”Transseksuaalisuus”, 1971, *Suomen Lääkärilehti* 343-358.

Bamforth, Nicolas, “Families but Not (Yet) Marriages - Same-Sex Partners and the Developing European Convention Margin of Appreciation”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 23, Issue 1 (2011), s. 128-143.

Cannoot, Pieter, “AP, Garcon and Nicot c. France: the Court draws a line for trans rights”, publicerad i Strasbourg observers – bloggen 5.5.2017, tillgänglig på webbplatsen <https://strasbourgobservers.com/2017/05/05/a-p-garcon-and-nicot-v-france-the-court-draws-a-line-for-trans-rights/>.

Dahlgren, Taina et al., “Vähemmistöt ja niiden syrjintä Suomessa”, 1996, Ihmisoikeusliiton julkaisusarja n:o 4.

Dworkin, Ronald, “Life’s dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom, 1994, New York, Knopf, s. 200-2.

Edwards, Susan, S. M., “No Burqas We’re French: The Wide Margin of Appreciation and the ECtHR Burqa Ruling”, *Denning Law journal*, Vol. 26, 2014, s. 246-260.

Gerards, Janneke, “Towards a European ‘doctrine of deference’?” - discussion paper, The Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, Expert seminar, Ghent 21.5.2010.

Harris, D.J., O’Boyle M., Bates, E.P. & Buckley, C.M. (Harris et al.): *Law of the European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2014.

Hirvelä, Päivi, Heikkilä, Satu, “Ihmisoikeudet: käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön”, Alma Talent, 2. painos, 2017.

Jokela, Nina, ”Transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annettu laki perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta tarkasteltuna”, 2015, Referee-artikel publicerad i Edilex 15.3.2016, ursprungligen publicerats i Acta Legis Turkuensia 2015.

Jorgensen, Christine, “*Christine Jorgensen: A Personal Autobiography*”, letter to friends on October 8, 1951 (1967). New York, New York: Bantam Books. p. 105. ISBN 978-1-57344-100-1.) (Citat under rubriken)

Letsas, George, “Theory of interpretation of the European convention on human rights”, 2007 Oxford University Press, kapitel 4 och 6.

Letto-Vanamo, Pia, ”Suomen oikeushistorian pääpiirteet: sukvallasta moderniin oikeuteen”, 1991, Gaudeamus.

Louhiala, Pekka, Hänninen, Juha, ”Eutanasia ja itsemääräämisoikeus”. Ledare i Duodecim 17/2006, 2006;122(17):2060-1. Tillgänglig på webbplatsen <http://www.duodecimlehti.fi/api/pdf/duo95963>.

Koivu, Virpi, ”European Convention on Human Rights and transition of the legal culture - Reception of the argumentation of the European Court of Human Rights by the Finnish supreme jurisdictions”, Academic dissertation, University of Lapland 2015, s. 164-211.

Marshall, Jill, ”Personal freedom through human rights law? : autonomy, identity and integrity under the European Convention on Human Rights”, 2009, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Mattila, Markku, ”Kansamme parhaaksi – Rotuhygienia Suomessa vuoden 1935 sterilointilakiin asti”, doktorsavhandling, Tampereen yliopisto, 1999.

Nousiainen, Kevät, ”Sukupuolierosta oikeudessa”, Lakimies 1998, s. 1014–1026.

Piha, Otava, ”Transsukupuolisten lisääntymikyvyttömyys ja patologisointi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä”, Oikeus 1/2018, s. 81-95.

Packer, Corinne A.A., ”The Right to Reproductive Choice – A study in international law”, 1996.

Pellonpää, Matti, ”Euroopan ihmisoikeussopimus”, 2012, Talentum, 5. painos, s. 47-82, s. 283-312, s. 652-687.

Pietarinen, Juhani et al., ”Oikeus itsemääräämiseen”, 1994.

Pihlajamäki, Heikki, ”Johdatus varhaismoderniin oikeushistoriaan”, Helsingin yliopisto, 2004.

Popescu, Alexandra Mirela, ”European States Reassessment of the Margin of Appreciation on Sexual Minorities in the Light of ECHR Regulations”, Revista de Stiinte Juridice, Vol. 2012, Issue 1 (2012), s. 256-4.

Rantala, Marjo, ”Sukupuoleen sopeutetut – intersukupuolisten ja transsukupuolisten henkilöiden oikeusasema Suomessa”, Oikeus 1/2016, s. 8-28.

Rastas, Merja, ”Oikeus oman identiteetin mukaiseen elämään? Tutkimus transseksuaalien elämästä ja asemasta Suomessa”, 1992, Sosiaali- ja terveyshallituksen julkaisu.

Robles, Rebeca et al., ”Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11”, publicerad 26.7.2016, The Lancet Psychiatry, Volume 3, Issue 9, s. 850 – 859.

Rosas, Allan, ”International human rights norms in domestic law – Finnish and polish perspectives”, 1990.

Schabas, William A., ”The European convention on human rights: a commentary”, 2015, Oxford University Press, 1st edition, s. 37-50, s. 358-389, s. 556-565.

- Sifris, Ronli, "Reproductive Freedom, Torture and International Human Rights", 2014.
- Tsarapatsanis, Dimitrios, "The Margin of Appreciation Doctrine: A Low-Level Institutional View", Legal studies vol. 35 No. 4, s. 675-697.
- Utriainen, Terttu et al., "Ihmisoikeudet ja vähemmistöt", 1988.
- Van Dijk, Pieter, van Hoof, Fried, van Rijn, Arjen, Zwaak, Leo (eds.), "Theory and practice of the European Convention on Human rights, Intersentia cop. 2006, 4th ed.
- White, Robin C.A. och Ovey, Clare, "The European Convention on Human Rights", 2010, 5th edition, Oxford University Press, s. 64-81, s. 334-401, s. 546-569 and
- Whittle, Stephen, "Respect and Equality – Transsexual and transgender rights", 2002.

ÖVERENSKOMMELSER OCH KONVENTIONER

- | | |
|------|---|
| 2007 | Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, New York 24.1.2007, i kraft 3.5.2008, A/RES/61/106. |
| 2000 | Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, 18.12.2000, i kraft i och med Lissabonfördragets ikraftträdande 1.12.2009, 2000/C364/01 och 2012/C326/02. |
| 1984 | Konventionen mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, New York 10.12.1984, i kraft 26.6.1987. |
| 1979 | Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor, New York 18.12.1979, i kraft 3.9.1981. |
| 1969 | Wienkonventionen om traktaträtten, Wien 23.5.1969, i kraft 27.1.1980. |
| 1966 | Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, General Assembly resolution 2200A (XXI) New York 16.12.1966, i kraft 3.1.1976. |
| 1966 | Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, General Assembly Resolution 2200A (XXI), New York, 16.12.1966, i kraft 23.3.1976. |
| 1950 | Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom 4.6.1950, i kraft 3.9.1953, tilläggsprotokollen 12 och 15 (Strasbourg 24.6.2013). |
| 1945 | Stadga för den internationella domstolen, San Francisco 24.10.1945, publicerats 18.4.1946. |

FN-DOKUMENT

Alla webbplatser har besökts under tiden 1.12.2017- 24.8.2018.

UN Doc. GA Res 217 (III) A, 10.12.1948, Universal declaration of human rights (den allmänna förklaringen).

A/63/635, Letter dated 18 December 2008 from the Permanent Representatives of Argentina, Brazil, Croatia, France, Gabon, Japan, the Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President of the General Assembly. Tillgänglig på webbplatsen <https://www.ighrc.org/sites/default/files/311-1.pdf>.

A/HRC/19/41, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, rapport av FN:s människorättskommissionär, publicerad 17.11.2011. Tillgänglig på webbplatsen https://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/a.hrc.19.41_english.pdf.

A/HRC/22/53, Rapport av FN:s specialrapportör om tortyr Juan E. Mendez, publicerad 1.2.2013, tillgänglig på webbplatsen <https://undocs.org/A/HRC/22/53>.

A/HRC/RES/17/19, "Human rights, sexual orientation and gender identity", General Assembly Resolution 17/19. Tillgänglig på webbplatsen <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/148/76/PDF/G1114876.pdf?OpenElement>.

A/HRC/WG.6/27/FIN/1, National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21. Tillgänglig på webbplatsen <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/033/89/PDF/G1703389.pdf?OpenElement>.

CAT/C/SR.1464, 7th periodic report of Finland, 59th CAT session 11.11.2016. Tillgänglig på webbplatsen https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FSR.1464&Lang=en.

CRPD/C/HUN/CO/1, rekommendation till Ungern av Kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättning (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRDP) 22.10.2012. Nerladdning tillgänglig via webbplatsen <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsmg8z0DXeL2x2%2FDmZ9jKJskZ6Y9eRc83PT5FhFy95TQZkyGQot9vWZBN Ef0eAwM4AH0py5P0KQ9jmr6ZHdZ17dnUAKIzS4Qpi81YhvnXxVrA>.

Report of ICD-11 Revision Review, publicerad 14.4.2015, tillgänglig på webbplatsen <http://www.who.int/classifications/icd/reportoftheicd11review14april2015.pdf?ua=1>.

UN Doc. E/CN.4/2006/6, Rapport av FN:s specialrapportör om tortyr Manfred Nowak, publicerad 23.12.2005. Tillgänglig på webbplatsen <http://undocs.org/E/CN.4/2006/6>.

UN Human Rights Council, Joint Statement on Ending Acts of Violence Related Human Rights Violations Based on Sexual Orientation and Gender Identity, 22.3.2011, tillgänglig på webbplatsen <http://www.org/docid/4eb8f32e2.html>.

UN Human Rights Council, Joint statement by the ambassador and permanent representative of Norway to the UN office in Geneva 1.12.2006, tillgänglig på webbplatsen <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2006-joint-statement/>.

EU-DOKUMENT

CommDH/IssuePaper(2009)2, Human rights and gender identity – issue paper by the Commissioner for Human Rights, Strasbourg 29.7.2009.

Report adopted by the Commission on 14.12.1973 pursuant to Article 31 of the Convention on the East African Asians - case (application no:s 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70 and 4526/70-4530/70).

Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Europarådet, 4.11.2000.

Recommendation 1117 on the Condition of transsexuals, Europarådets parlamentariska församling, 29.9.1989.

Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity.

Resolution 1728 on the Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, Europarådets parlamentariska församling 29.4.2010.

Resolution 1945 on Putting an end to coerced sterilisations and castrations, Parlamentariska församling, 26.6.2013.

Resolution 2048 on Discrimination against transgender people in Europe, Europarådets parlamentariska församling, 22.4.2015.

Svar av Věra Jourová på Europeiska kommissionens vägnar till den skriftligt mottagna förfrågan E-001407/2017, givet 9.6.2017, tillgänglig på europaparlamentets webbsida 8.4.2018, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2017001407&language=FI>.

NATIONELLA DOKUMENT

Finland

Grundlagsutskottets utlåtande GrUU 2/1990 rd.

Jämställdhetsombudsmannens utredning av könsminoriteters ställning, 12.3.2012.

Medicinalstyrelsens utlåtande (Lääkintähallituksen kannanotto) LHKA 9064/38/70.

Medborgarinitiativet MI 2/2017 rd om eutanasi för en god död.

Medborgarinitiativ MI 3/2013 rd till riksdagen med förslag till lagar om ändring av äktenskapslagen, lagen om registrerat partnerskap och lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet.

Regeringens proposition RP 106/69:2 till riksdagen om kastreringslagen.

Regeringens proposition RP 56/2001 rd till riksdagen med förslag till lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall och till lagar som har samband med den.

Social- och hälsovårdsministeriets betänkande StVM 7/2002 vp om RP 56/2001.

Sverige

Regeringens pressmeddelande 9.11.2017, tillgänglig på webbplatsen <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/11/ersattning-till-transpersoner-som-drabbats-av-steriliseringskrav/>.

SOU 2007:16, proposition 2011/12:142.

Utrikesdepartementets rapport ” Mänskliga rättigheter, demokrati och rättsstatens principer i Island 2015–2016”, publicerad 26.4.2017, tillgänglig på webbplatsen <http://www.regeringen.se/498cd7/contentassets/ba5a8e5ef1d041898ac9cf397d6086ba/island---manskliga-rattigheter-demokrati-och-rattsstatens-principer-2015-2016.pdf>

Norge

Regeringens pressmeddelande nr. 29/2015, publicerat 25.6.2015. Tillgänglig på webbplatsen <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-foreslar-a-gjore-det-enklere-a-endre-juridisk-kjonn/id2425069/>.

NATIONELL LAGSTIFTNING

Finland

Diskrimineringslagen 1325/2014, 1.1.2015

Finlands grundlag 731/1999, ikraft 1.3.2000

Köplagen 355/1987, ikraft 1.7.1994

Lagen angående specialomsorger om utvecklingsstörda 952/1980, ikraft 1.1.1981

Lagen om befolkningsdatasystemet och befolkningsregistercentralens certifikattjänster 661/2009, ikraft 1.3.2010

Lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet, 563/2002 och rev. 252/2016, ikraft 1.1.2003

Lagen om likabehandling 21/2004, ikraft 1.2.2004

Lagen om klientens ställning och rättigheter inom socialvården 812/2000, ikraft 1.1.2001

Lagen om patientens ställning och rättigheter 785/1992, ikraft 1.3.1993

Lagen om sterilisering 84/1950

Steriliseringsförordningen 228/1935

Steriliseringslagen 227/1935

Steriliseringslagen 283/1970

Äktenskapslagen 156/2015

Danmark

Forslag L182 til Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister

Norge

LOV-2016-06-17-46

Sverige

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform, t.o.m. rev. 2014:1385.

Köplagen 1990/931

Lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall, t.o.m rev. 2013:405

Lagen (1999:332) om ersättning till steriliserade i vissa fall

EUROPEISKA MÄNNISKORÄTTSDOMSTOLENS RÄTTSFALL

A v. UK, 100/1997/884/1096, 23.9.1998.

A, B och C v. Ireland, 25579/05, 16.12.2010.

Abdulaziz, Cabales och Balkandali v. United Kingdom (UK), 9214/80, 9473/81 and 9474/81, 28.5.1985.

Airey v. Ireland, 6289/73, 6.2.1981.

Aksoy v. Turkey, 21987/93, 18.12.1996.

Alver v. Estonia, 64812/01, 8.11.2005.

Andrejeva v. Latvia, 55707/00, 18.2.2009.

AP, Garcon & Nicot v France, 79885/12, 52471/13 and 52596/13, 6.4.2017.

Ashingdane v. UK, 8225/78, 28.5.1985.

B. v. France, 13343/87, 25.3.1992.

Belgian linguistic case, 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 and 2126/64, 9.2.1967 and 23.7.1968.

Bouyid v. Belgium, 23380/09, 21.11.2013.

Brannigan and McBride v. UK, 14553/89 and 14554/89, 26.5.1993.

Burden v. UK, 13378/05, 29.4.2008.

Chahal v. UK, 22414/93, 15.11.1996.

Clift v. the UK, 7205/07, 13.7.2010.

Cossey v. UK, 10843/84, 27.9.1990.

Cyprus v. Turkey, 25781/94, 10.5.2001.

D.H. and others v. the Czech Republic, 57325/00, 13.11.2007.

Dickson v. UK, 44362/04, 4.12.2007.

Dudgeon v. UK, 7525/76, 22.10.1981.

E.S. v. Sweden, 5786/08, 21.6.2012 (Grand Chamber judgement 12.11.2013).

East African Asians v. UK, 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70 and 4526/70-4530/70, 15.12.1973.

Evans v. UK, 6339/05, 10.4.2007.

Georgia v. Russia, 13255/07, 3.7.2014.

Golder v. UK, 4451/70, 21.2.1975.

Gongadze v. Ukraine, 34056/02, 8.2.2006.

Goodwin v. UK, 28957/95, 11.7.2002.

Grandrath v Germany, 2299/64, 12.12.1966.

Hugh Jordan v. the UK, 24746/94, 4.8.2001.

Ilhan v. Turkey, 22277/93, 27.6.2000.

Ireland v. UK, 5310/71, 18.12.1978.

Jalloh v. Germany, 54810/00, 11.7.2006.

Janowiec and others v. Russia, 55508/07 and 29520/09, 21.10.2013.

Johnston and others v. Ireland, 9697/82, 18.12.1986.

K and T v. Finland, 25702/94, 12.7.2001.

Kalashnikov v. Russia, 47095/99, 15.10.2002.

Karner v. Austria, 40016/98, 24.7.2003.

Kudla v. Poland, 30210/96, 26.10.2000.

L and V v. Austria, 39392/98 and 39829/98, 9.4.2003.

L. v. Lithuania, 27527/03, 31.3.2008.

Medvedyev and others v. France, 3394/03, 29.3.2010.

Mouisel v. France, 67263/01, 21.5.2003.

Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, 13178/03, 12.1.2007.

Norris v. Ireland, 10581/83, 26.10.1988.

P.V. v. Spain, 35159/09, 11.4.2011.

Peers v. Greece, 28524/95, 19.4.2001.

Pléso v. Hungary, 41242/08, 2.1.2013.

Poltoratskiy v. Poland, 38812/97, 29.4.2003.

Pretty v. UK, 2346/02, 29.7.2002.

Price v. the UK, 33394/96, 10.10.2001.

Rees v. UK, 9532/81, 17.10.1986.

Saadi v. Italy, 37201/06, 28.2.2008.

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 33290/96, 21.03.2000.

Schlumpf v. Switzerland, 29002/06, 8.1.2009.

Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina, 27996/06 and 34836/06, 22.12.2009.

Selcuk and Asker v. Turkey, 12/1997/796/998-999, 24.2.1998.

Selmouni v. France, 25803/94, 28.7.1999.

Sheffield and Horsham v. UK, 22985/93 and 23390/94, 30.7.1998.

SL v. Austria, 45330/99, 9.4.2003.

Smith and Grady v. UK, 33985/96 and 33986/96, 27.12.1999.

Soering v. UK, 14038/88, 7.7.1989.

Stec and others v. UK, 65731/01 and 65900/01, 12.4.2006.

Sunday Times v. UK, 6538/74, 26.4.1979.

Timishev v. Russia, 55762/00 and 55974/00, 13.3.2006.

Tyrer v. UK, 5856/72, 25.4.1978.

Tysiac v. Poland, 5410/03, 24.9.2007.

V.C. v. Slovakia, 18968/07, 8.2.2012.

Wainwright v. UK, 12350/04, 26.12.2006.

Van Oosterwijck v. Belgium, 7654/76, 6.11.1980.

Wemhoff v. Germany, 2122/64, 27.6.1968.

X and Y v the Netherlands, 8978/80, 26.3.1985.

YF v. Turkey, 24209/94, 22.10.2003.

Z v. Finland, 22009/93, 25.2.1997.

Zarb Adami v. Malta, 17209/02, 20.9.2006.

ÖVRIGA RÄTTSFALL

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1968-12.

Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien (ICTY): Prosecutor v. Furundzija (IT-95-17/1-T), judgement 10.12.1998.

ÖVRIGT MATERIAL

Alla webbplatser har besökts under tiden 1.12.2017- 24.8.2018.

Amnesty International Finlands öppna brev till minister Juha Rehula, Social- och hälsovårdsministeriet, 11.6.2015, tillgänglig på AI:s webbplats <https://s3-eu-west1.amazonaws.com/frantic/amnesty-fi/2014/03/Amnestyn-kirje-STM-Rehula-11-62015.pdf>.

Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO från 2014. Tillgänglig på webbplatsen http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112848/9789241507325_eng.pdf;jsessionid=389A309F6955E985C8DC7100E1E52051?sequence=1.

Helsingfors stadsbiblioteks Kysy!-tjänst, tillgänglig på webbplatsen <http://www.kysy.fi/kysymys/mita-ihmisryhmia-suomessa-pakkosteriloitu-missa-maarin-ja-milloin>.

Human rights Centre of Ghent University, Third party intervention i fallet Boyied v. Belgium, , tillgänglig på webbplatsen <http://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/09/Bouyid.pdf>.

ILGA Sexual orientation map 2017, tillgänglig på webbplatsen https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Criminalisation_2017.pdf.

Setan toimittajaopas 2016, tillgänglig på webbplatsen https://www.dropbox.com/s/x198rqyo222godo/Setan_toimittajaopas_2016.pdf?dl=0.

Social- och hälsovårdsministeriets pressmeddelande 68/2016, daterat 19.5.2016. Tillgänglig på webbplatsen http://stm.fi/artikkeli/-/asset_publisher/erityishuollossa-olevien-itsemaaraamisoikeus-vahvistuu.

THL:s sjukdomsklassificeringssystem, tillgänglig på webbplatsen <http://koodistopalvelu.kanta.fi/codeserver/pages/classification-list-page.xhtml>.

Trans Rights Europe Map, publicerad 21.4.2017, tillgänglig på TGEU:s webbplats https://tgeu.org/wp-content/uploads/2017/05/Index-TGEU-2017_PRINT-1.pdf.
<http://seta.fi/regnbagsbegrepp/>.

Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/about-the-yogyakarta-principles/>.

INTERNET MATERIAL

Alla webbplatser har besökts under tiden 1.12.2017- 24.8.2018.

<http://edition.cnn.com/2011/WORLD/europe/06/17/un.lgbt.rights/index.html>

<http://miapetra.fi/blogi/eu-komissio-suomen-transihmisten-pakkosterilisaatiosta-rikkoo-perusoikeuksia/>

<http://modkraft.dk/artikel/ny-lov-lettere-adgang-til-juridisk-k-nsskifte>

<http://seta.fi/regnbagsbegrepp/>

<http://seta.fi/yhdenvertainen-vanhuus/lait-ja-yhdenvertaisuus/>

<http://transtukupiste.fi/hlbtqi-sanasto/>

<http://trasek.fi/2017/04/29/potilasjarjesto-trasek-saa-uuden-puheenjohtajan/>

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2017-001407&language=FI#ref3>

http://www.iltalehti.fi/kotimaa/201707252200285804_u0.shtml

http://www.iltalehti.fi/kotimaa/201707252200285804_u0.shtml

<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/u-n-human-rights-council-first-resolution-against-discrimination-based-on-sexual-orientation/>

<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/u-n-human-rights-council-first-resolution-against-discrimination-based-on-sexual-orientation/>

http://www.sgi-network.org/2016/Finland/Quality_of_Democracy

<http://www.sgi-network.org/2017/>

http://www.tahdon2013.fi/assets/initiativ_SE.pdf

<http://www.valvira.fi/terveydenhuolto/potilaan-asema-ja-oikeudet-oikeudet/potilaan-itsemaaraamisoikeus>

<https://www.laakarilehti.fi/ajassa/ajankohtaista/icd-11-ei-tule-viela-suomeen/>

<https://seta.fi/asiantuntijat-suomen-translaki-reilusti-jalkijunassa-muihin-pohjoismaihin-verrattuna/>

<https://seta.fi/historia/>

<https://seta.fi/historia/>

<https://thl.fi/sv/web/thlfi-sv/thl/vad-ar-thl-/historia>

<https://www.amnesty.fi/asiantuntijat-suomen-translaki-reilusti-jalkijunassa-muihin-pohjoismaihin-verrattuna/>

<https://www.hs.fi/kotimaa/art-2000005337045.html>

<https://www.hs.fi/kotimaa/art-2000005337045.html>

<https://www.hs.fi/kulttuuri/art-2000005313091.html>

<https://www.hs.fi/mielipide/art-2000005523575.html>

<https://www.hs.fi/paakirjoitukset/art-2000002834452.html>

<https://www.hs.fi/paakirjoitukset/art-2000002834452.html>

<https://www.kansanuutiset.fi/artikkeli/3766377-tyly-viesti-suomi-hylkaamassa-ennatysmaaran-ykn-suosituksia-ihmisoikeuksien-parantamiseksi>

<https://www.reuters.com/article/us-un-homosexuality/u-n-divided-over-gay-rights-declaration-idUSTRE4BH7EW20081219>

https://www.stat.fi/ajk/satavuotiassuomi/suomimaailmankarjessa_sv.html

<https://www.tasa-arvo.fi/documents/10181/34936/Selvitys+sukupuolivahemmistojen+asemasta.pdf/4c84618f-8c6c-484f-a7e5-bfda8d06e9a6>

<https://yle.fi/uutiset/3-10027445>

<https://yle.fi/uutiset/3-10027445>

<https://yle.fi/uutiset/3-9698573>

<https://yle.fi/uutiset/3-9698573>

<http://ranneliike.net/teema/transsukupuolisuus-poistumassa-whon-tautiluokituksesta?aid=12525>

<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentity%2f90875286>

<https://www.youtube.com/watch?v=kyCgz0z05Ik>